

LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA

SONIA VERÓNICA MUÑOZ CÁRDENAS



**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.
2011**

**LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA**

SONIA VERÓNICA MUÑOZ CÁRDENAS

**Trabajo de grado para optar al título de
Magister en Derecho Administrativo**

**Director
Dr. LUÍS FELIPE BOTERO ARISTIZÁBAL**



**UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.
2011**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	Pág.
1. INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN COMO CONSTITUYENTE DE UNA POSIBLE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PATRIMONIAL	10
1.1 ¿Qué se entiende por inmunidad?	10
1.2 ¿Qué comprende la inmunidad de jurisdicción?	11
1.3 ¿Existe inmunidad de jurisdicción en Colombia?	14
1.4 ¿Cómo se crean las inmunidades de jurisdicción en Colombia?	15
1.5 Casos que generan una posible inmunidad de jurisdicción en Colombia	17
1.5.1 Mención del Acuerdo complementario de cooperación y asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y los Estados Unidos, suscrito el 30 de octubre de 2009, como antecedente de inmunidad de jurisdicción	17
1.5.1.1 El Acuerdo militar: alcance y ámbito	17
1.5.1.2 Decisión de la honorable Corte Constitucional sobre la constitucionalidad del acuerdo militar. Comunicado No. 40 de agosto de 2010	15 18
1.5.2 Creación de la Zona de despeje. Ley 418 de 1997	24
1.5.2.1 La Ley 418 de 1997 y Sus Repercusiones como Inmunidad de Jurisdicción	24
1.5.2.2 La responsabilidad del Estado determinada en fallo de 2008 del tribunal Administrativo del Caquetá. Caso ocurrido en San Vicente del Caguán- zona de distensión	28
1.5.3 Derecho a la Verdad, justicia y reparación de víctimas; Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005)	38
1.5.3.1 Alcance y ámbito: Atención y reparación integral a las víctimas	38
1.5.3.2 Antecedentes de la reparación integral	43
1.5.3.3 El principio de la reparación integral en la ley de víctimas	45

1.5.4	La amnistía e indulto: facultad exclusiva e indelegable y beneficio excepcional en materia penal.	47
1.6.	Tratamiento jurisprudencial de la inmunidad de jurisdicción y sus implicaciones en la responsabilidad patrimonial del Estado	51
2.	DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR CREACIÓN DE INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN	70
2.1	Tipos de Responsabilidad extracontractual imperantes en Colombia	70
2.1.1	De La Falta o falla en el servicio como régimen de responsabilidad	70
2.1.1.1	Falla del servicio presunta	71
2.1.1.2	Falla del servicio probada	72
2.1.2	Del Riesgo excepcional como régimen de responsabilidad	74
2.1.3	Del Daño especial como régimen de responsabilidad	75
2.1.3.1	Evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado legislador por daño especial a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991	77
2.1.3.2	Obstáculos para declarar la responsabilidad del Estado Legislador en la Inmunidad de jurisdicción	83
2.1.4	La confianza legítima como generadora de responsabilidad del Estado	84
2.2	¿Debería existir responsabilidad del Estado colombiano por crear inmunidades de jurisdicción?	86
2.2.1	¿Debe responder el Estado legislador como órgano por la expedición de la ley 418 de 1997 al crear inmunidad de jurisdicción?	86
2.2.2	El Fallido Acuerdo Militar con Estados Unidos en la responsabilidad patrimonial del Estado	89
2.2.3	La responsabilidad patrimonial de Colombia en el marco de la Ley de Justicia y Paz como justicia transicional	89
2.2.4	La concesión de la Amnistía e Indulto como causa de responsabilidad del Estado.	92
	CONCLUSIONES	95
	BIBLIOGRAFÍA	99

INTRODUCCIÓN

En un Estado moderno, la soberanía como unidad de voluntad decisoria universal se encuentra tanto al interior de su territorio, como a nivel internacional; ella permite la facultad de positivizar jurídicamente las normas dentro de una comunidad¹. Razón por la cual, no pierde su carácter al adquirir obligaciones internacionales con otros Estados mediante tratados multilaterales, universales y regionales.

El tratadista Hernando Devis Echandía considera al Estado como un sujeto activo y con poder soberano dentro de su territorio, que tiene tanto el derecho subjetivo territorial de jurisdicción sobre los actos iniciados en su territorio pero que terminaron en otro Estado, como la territorialidad objetiva de jurisdicción, en la cual cada Estado aplica sus normas a actos que se iniciaron por fuera de su territorio, pero que culminan dentro de su territorio. Además, considera como sujetos pasivos de este derecho a sus súbditos, quienes serían todas aquellas personas que habiten en el territorio inclusive los extranjeros transitoriamente². Cabe agregar que, por medio de este principio de territorialidad como regla general, cada Estado puede prescribir y aplicar sus propias normas³.

Por otro lado, la Constitución Política, en el artículo 9, ampara las relaciones internacionales del Estado colombiano dentro del margen de la soberanía, lo cual implica que las autoridades deberán hacer caso omiso a las obligaciones que se deriven de dichas relaciones internacionales. La Corte Constitucional ha señalado como elementos de la soberanía:

¹ Heller Herman. *La Soberanía, Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional.*, La Fundación, Escuela Nacional de Jurisprudencia, A.C., Fondo de Cultura Económica, México, Primera reimpresión, 1995 p. 141, 197.

² Devis Hechandía Hernando, *Compendio de derecho procesal. Teoría General del Proceso*, tomo I, 13ª edición, Dike, Medellín, 1994, p. 81.

³ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-1189 del 13 de septiembre de 2000, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

“(i) el entendimiento de la soberanía como independencia (...); (ii) la aceptación de que adquirir obligaciones internacionales no compromete la soberanía, así como el reconocimiento de que no se puede invocar la soberanía para retractarse de obligaciones válidamente adquiridas; y (iii) la reafirmación del principio de inmediatez según el cual el ejercicio de la soberanía del Estado está sometido, sin intermediación del poder de otro Estado, al derecho internacional”⁴.

La Corte Constitucional ha sostenido que la concesión de prerrogativas e inmunidades a través de la suscripción de tratados internacionales guarda armonía con lo dispuesto por el artículo 9 de la Constitución Política, como quiera que responde a la necesidad de dotar a los agentes diplomáticos, consulares y a los órganos de derecho internacional y sus funcionarios de la suficiente autonomía e independencia para el desarrollo de sus funciones.⁵

El Estado colombiano, a partir de 1991 con la expedición de la Constitución política en su artículo 90, responde directamente con su patrimonio si se cumple con los requisitos de daño antijurídico y de imputación de éste por acción u omisión de una autoridad pública⁶, independientemente de la legalidad o ilegalidad de su actuación.⁷

El daño antijurídico se consagra en la Carta Magna en su artículo 90, relacionado con el estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado, el cual comprende dos criterios: el criterio subjetivo; en el que interviene la falla del servicio y el criterio objetivo de responsabilidad; daño especial y riesgo excepcional.⁸ En resumen, el

⁴ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 621 del 13 de junio de 2001, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinoza.

⁵ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 137 del 9 de abril de 1996, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expedientes acumulados 10948 y 11643 del 21 de octubre de 1999, consejero ponente Alirio Eduardo Hernández Enríquez, en el mismo sentido, Sección Tercera, Expediente 11702 del 2 de diciembre de 1999, consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar.

⁷ Vidal Perdomo, Jaime y otros, *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, Legis, Bogotá, 2005, p. 109.

⁸ Bermúdez, Martín, *Responsabilidad de los jueces y del Estado*, 1ª edición, ediciones librería del Profesional, Bogotá 1998, p. 155.

artículo 90 reunió los regímenes de responsabilidad adoptados ya por la jurisprudencia con anterioridad a la Constitución de 1991.⁹

Se abordara el estudio de diferentes casos de posible inmunidad de jurisdicción para establecer los títulos de imputación que pueden configurar una responsabilidad del Estado patrimonial en Colombia. Para ello, se empieza definiendo qué es la inmunidad e inmunidad de jurisdicción; seguidamente, se hace mención del fallido: Acuerdo complementario de cooperación y asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y los Estados Unidos suscrito el 30 de octubre de 2009. Así mismo, la creación de la Zona de despeje Ley 418 de 1997. El Derecho a la Verdad, justicia y reparación de víctimas contemplado en la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005). Y la amnistía como facultad exclusiva e indelegable e indulto como beneficio excepcional en materia penal. Casos en los que se analiza las distintas modalidades jurídicas en las que el Estado puede incurrir al limitar el acceso al poder judicial.

⁹ Bermúdez, Martín, *op. Cit.*, p. 106- 107.

1 INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN COMO CONSTITUYENTE DE UNA POSIBLE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PATRIMONIAL

1.1 ¿QUÉ SE ENTIENDE POR INMUNIDAD?

De acuerdo con el diccionario de la real academia española se entiende por inmunidad:

“Cualidad de inmune”; una persona es inmune cuando está exenta de ciertos oficios, cargos, gravámenes o penas. Es el “privilegio que, a causa de su cargo, exime a determinadas personas de la responsabilidad que pudieran contraer en el ejercicio de sus funciones: la inmunidad de jurisdicción de los diplomáticos”.¹⁰

La inmunidad diplomática recae en los representantes diplomáticos acreditados por un estado, así como en su familia y demás personal de las embajadas.

La **inmunidad diplomática** es el conjunto de beneficios que recaen en una persona que se traslada de su país de origen a otro con el objeto de desempeñar funciones diplomáticas, concediéndole el privilegio a no ser juzgado en procesos civiles o penales por el país receptor en donde ejerce oficialmente.

La inmunidad Diplomática está regulada por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1964 y la Convención de las Naciones Unidas de 2004 sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes.

¹⁰ García Pelayo, Ramón y Gross, *Diccionario enciclopédico pequeño Larousse*, Larousse, Paris, 1972, p. 496.

1.2 ¿QUÉ COMPRENDE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN?

La inmunidad en el derecho internacional puede ser diplomática y consular; así mismo, esta puede establecerse como inmunidad de jurisdicción o juzgamiento, e inmunidad de ejecución. “La **inmunidad de jurisdicción de los Estados** tiene como objetivo determinar si es posible someter a un Estado, sujetos o bienes a la jurisdicción de los tribunales de otro”.¹¹ La inmunidad de ejecución, por su parte, consiste en la inaplicación de la decisión judicial al personal diplomático.

De acuerdo con la **Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y protocolos facultativos hecha el 18 de abril de 1961**, los privilegios e inmunidades se catalogan en jurídicos, como la inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción, y otros de pura cortesía, como las inmunidades fiscales. Así mismo, las inmunidades se dividen en reales, personales y de jurisdicción.

La inmunidad de jurisdicción¹² despoja al jefe de la misión diplomática ante la aplicación de las leyes y la intervención de las autoridades locales durante el tiempo que se desempeñe como diplomático, al interponerse frente a ellos acciones civiles, penales o administrativas. Sin embargo, la inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no lo eximirá de la jurisdicción del Estado acreditante. Así como las personas, que gocen de esos privilegios e inmunidades, se obligan a respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor y a no inmiscuirse en los asuntos internos de ese Estado. La inmunidad se otorga con relación a la jurisdicción de los órganos judiciales y administrativos del Estado territorial¹³.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Pallares Bossa, Jorge, *Derecho Internacional Público*, Leyer, Bogotá, 2004, p. 393.

¹³ Díez de Velasco, Manuel, *op. Cit.*, p. 300.

Por otra parte, los agentes diplomáticos gozan de inmunidad de ejecución, mediante la cual no podrán ser objeto de ninguna medida de ejecución (artículo 31 #3). La inviolabilidad¹⁴ del agente diplomático como persona se traduce en el respeto a la libertad, a su dignidad y en el establecimiento de medidas adecuadas para prohibir que sea objeto de detención o arresto. Serán inviolables, para el agente diplomático, los archivos y documentos de la misión respectiva, la correspondencia oficial, sus bienes, así como la residencia particular del agente diplomático y los locales de la misión (Artículos 24, 27, 29 y 30).

Los agentes diplomáticos gozan de derecho a privilegios e inmunidades, una vez ingresan al territorio del Estado receptor para la posesión del cargo o desde que su nombramiento se haya comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores. El agente diplomático nacional de ese Estado, o que se encuentre con residencia permanente, estará inmerso en el derecho a la inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad concretamente en los actos referentes al desempeño de sus funciones como diplomático.

Tales privilegios e inmunidades cesarán de forma normal cuando el agente salga del país o con la expiración del plazo razonable concedido para salir de él. El agente diplomático termina sus funciones si el Estado acreditante comunica al Estado receptor la finalización de éstas o cuando el Estado acreditante no reconoce como miembro de la misión al personal diplomático (párrafo 2 del artículo 9)¹⁵. Se hace la salvedad; la inmunidad no cesará con relación a los actos ejecutados por tal diplomático durante el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión. Si falleciera un miembro de la misión, su familia tendrá el goce de los privilegios e inmunidades hasta que expire el plazo razonable y puedan dejar el país. De igual forma, el Estado receptor permitirá retirar del país los bienes muebles del miembro fallecido, excepto si se han adquirido en el país y su exportación ha sido prohibida durante ese momento. (Artículo 38, 39 y 43).

¹⁴ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961, artículo 29.

¹⁵ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961, artículo 39 y 43

El Estado acreditante podrá renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos y de los miembros de la familia que gocen de los privilegios e inmunidades. Dicha renuncia será de forma expresa, cuando el agente diplomático, o quien goce de inmunidad de jurisdicción, instaura una acción judicial o cualquier reconvención relacionada directamente con la demanda principal. La renuncia a la inmunidad de jurisdicción sobre las acciones civiles o administrativas difiere de la inmunidad de ejecución, requiriéndose entonces una renuncia respectiva para la ejecución del fallo. (Artículo 32).

El agente diplomático goza de inmunidad de jurisdicción en el Estado receptor en materia penal, civil y administrativa. Las excepciones sobre el principio de inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución se consagran en el artículo 31 de la Convención de Viena y recaen en fines diversos a la misión diplomática y al Estado acreditante:

- a. En la acción real sobre bienes inmuebles
- b. Una acción sucesoria
- c. Una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial por el agente diplomático¹⁶.

Por otra parte, la **Convención de Viena sobre relaciones consulares y protocolos de firma facultativos, hecha el 24 de abril de 1963**, establece, en ejercicio de sus funciones diplomáticas, que el funcionario o empleado consular goza de inmunidad de jurisdicción ante las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados. A diferencia de la Convención de Viena de 1961, en donde el agente diplomático no puede testificar, en esta Convención los miembros del consulado si tienen la obligación de comparecer como testigos ante procedimientos judiciales y administrativos. Las excepciones a esta regla en el caso de un procedimiento civil son:

¹⁶ Ibid., artículo 31.

- a. Que el funcionario consular haya celebrado un contrato en calidad de particular mas no haya concertado como agente del Estado.
- b. Que un tercero instaure el proceso como efecto de un accidente de vehículo, buque o avión acontecido en el Estado receptor. (Artículo 43 y 44)

Los funcionarios consulares, entre sus privilegios de inviolabilidad personal en el Estado receptor, no serán detenidos o puestos en prisión preventiva, salvo que se trate de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente -entiéndase sentencia en firme (Artículo 31, 33 y 41)-. De igual forma los miembros de la oficina consular gozarán de diversas exenciones.

La convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los estados y sus bienes a la luz del derecho (consuetudinario) de 2004, consagra como excepciones a la inmunidad de jurisdicción:

Primero, las transacciones mercantiles (artículo 10); segundo, los contratos de trabajo (artículo 11); tercero, las lesiones a las personas y daños a los bienes (artículo 12); cuarto, la propiedad, posesión y uso de bienes (artículo 13); quinto, la propiedad intelectual e industrial (artículo 14); sexto, la participación en sociedades u otras colectividades (artículo 15); séptimo, los buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado (artículo 16) y octavo, un convenio arbitral (artículo 17).

1.3 ¿EXISTE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN EN COLOMBIA?

En Colombia, la inmunidad de jurisdicción existe por acuerdos o tratados internacionales suscritos con otros Estados, en los cuales, se dan privilegios y exenciones al sujeto u órgano internacional. De igual forma, se puede decir que la inmunidad se ve reflejada en casos como el Acuerdo complementario de

cooperación y asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y los Estados Unidos, suscrito el 30 de octubre de 2009, a modo de antecedente, con la creación e implementación de la Zona de despeje a partir de la Ley 418 de 1997, mediante la justicia transicional de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y en materia penal con la figura jurídica de la amnistía y el indulto. Casos colombianos que se estudiarán con posterioridad.

1.4 ¿CÓMO SE CREAN LAS INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN EN COLOMBIA?

En el derecho internacional, las inmunidades de jurisdicción se crean a través de las relaciones internacionales, mediante tratados y acuerdos bilaterales entre los Estados soberanos y organismos internacionales. De acuerdo a los principios estipulados en la Carta de las Naciones Unidas, como son: la igualdad soberana de los Estados, la seguridad internacional y el fomento de las relaciones de amistad entre las naciones, se regula la inmunidad de jurisdicción a través de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas y protocolos facultativos, por la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares y protocolos de firma facultativos y la convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los estados y sus bienes a la luz del derecho (consuetudinario) de 2004.

En el derecho interno, la inmunidad de jurisdicción se respalda a través de las leyes de aprobación de tratados firmados entre Estados partes. Para el caso de Colombia, se respalda mediante el Congreso de la República y el control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, con la firme intención, que el personal diplomático acreditado por un Estado, al ingresar al Estado receptor pueda ejercer las funciones diplomáticas y dar cumplimiento a lo pactado en dicho instrumento internacional. A su vez, por medio de la creación de figuras jurídicas

de aplicación nacional; como la amnistía e indulto, las normas constitucionales y disposiciones nacionales previstas en la expedición de leyes ordinarias.

La **convención de las Naciones Unidas** sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, hecha el 2 de diciembre de 2004, aunque no ha sido firmada ni ratificada por el Estado colombiano, por el derecho consuetudinario, es digna de ser tenida en cuenta. La presente convención tiene como alcance la aplicación de la inmunidad de jurisdicción de un Estado y de sus bienes ante los tribunales de otro Estado.

Un Estado tendrá derecho a inmunidad de jurisdicción ante los tribunales del Estado receptor siempre y cuando éste se abstenga de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra el otro Estado o intervenga en el proceso presentando demanda, formulando reconvención o realizando cualquier acto de fondo.¹⁷ Entiéndase, cuando el Estado del país acreditante es mencionado como parte en el proceso o cuando el proceso menoscaba los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado (artículos 6, 8 y 9).

La inmunidad de jurisdicción será renunciada y, por tanto, no tendrá validez ante un tribunal de otro Estado en casos mediante los cuales el Estado acreditante otorgue el consentimiento expreso frente a un asunto para que el tribunal ejerza la jurisdicción en el proceso. Dicho consentimiento se expresa a través de un acuerdo, en un contrato escrito, por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso. Un Estado no dará su consentimiento ante un tribunal de otro Estado para que ejerza su jurisdicción cuando intervenga en un proceso o realice algún acto con el propósito de hacer valer la inmunidad o hacer valer un derecho o interés sobre bienes objeto de litigio en el proceso. De igual manera, la incomparecencia o la comparecencia de un representante del Estado

¹⁷ La Convención de Viena de 1961, consagra la renuncia a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes y diplomáticos así como de los miembros de su familia que gocen de los privilegios e inmunidades.

ante un tribunal de otro Estado en calidad de testigo no significa dar el consentimiento a la renuncia de la inmunidad de jurisdicción. (Artículos 7 y 8).

1.5 CASOS QUE GENERAN UNA POSIBLE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN EN COLOMBIA

1.5.1

MENCIÓN DEL ACUERDO COMPLEMENTARIO DE COOPERACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA EN DEFENSA Y SEGURIDAD ENTRE LOS GOBIERNOS DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LOS ESTADOS UNIDOS SUSCRITO EL 30 DE OCTUBRE DE 2009, COMO ANTECEDENTE DE INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

Daremos a conocer los aspectos más relevantes del acuerdo militar entre Colombia y los Estados Unidos mediante el alcance y ámbito del Acuerdo militar, así como la decisión No. 40 del 17 de Agosto de 2010 de la Corte Constitucional, sobre su constitucionalidad.

1.5.1.1 El Acuerdo militar: alcance y ámbito

El acuerdo militar celebrado entre la República de Colombia y los Estado Unidos de América, que entró en vigor con su firma el 30 de octubre del año 2009, tenía como objeto la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo y otras amenazas de carácter transnacional, para lo cual las partes acuerdan ahondar su cooperación en temas tales como la interoperabilidad, los procedimientos conjuntos, la logística y el equipo, entrenamiento e instrucción, el intercambio de inteligencia, capacidades de vigilancia y reconocimiento. El acuerdo será cumplido conforme el respeto de las leyes nacionales, los principios de la igualdad soberana, de la

integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados ¹⁸.

Así mismo, el acuerdo permitía al personal y contratistas de los Estados Unidos, el ingreso y permanencia hasta por 90 días, de no estipularse de otra forma, así como privilegios de inmunidad de jurisdicción.¹⁹ Además, incluía otros temas como, la solución de controversias frente a la interpretación del acuerdo resueltas a través de la consulta entre las partes o por la vía diplomática; el empleo de los aeropuertos internacionales por parte de las aeronaves estadounidenses, durante el ingreso y salida de dichas aeronaves y el uso de estaciones receptoras por satélite para la difusión de radio y televisión sin trámite de licencias ni costo por parte de los Estados Unidos.

Permitir la vigencia y aplicación de un acuerdo militar entre Colombia y Estados Unidos de esta magnitud, que le concede grandes potestades en prerrogativas e inmunidades de jurisdicción al personal civil y militar de Estados Unidos, podría conllevar al Estado colombiano a la configuración de un tipo de responsabilidad, como tal vez lo sería el daño especial, por el desequilibrio de las cargas públicas que enfrentaría la comunidad en una situación dada.

1.5.1.2 Decisión de la honorable corte constitucional comunicado no. 40 de agosto 17 de 2010 respecto de la constitucionalidad del acuerdo militar

La Corte Constitucional, el 17 de Agosto de 2010 mediante comunicado 40, decidió respecto al “Acuerdo complementario para la cooperación y Asistencia Técnica en Defensa y Seguridad entre los Gobiernos de la República de Colombia

¹⁸ Acuerdo complementario para la Cooperación y Asistencia Técnica en Defensa y Seguridad entre los Gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América, artículos III y VII 2009.

¹⁹ Ibíd. Artículo IX, 2009.

y de los Estados Unidos de América”²⁰, suscrito en Bogotá el 30 de octubre de 2009:

Primero: REMITIR al Presidente de la República el acuerdo para que le imparta el trámite constitucionalmente previsto para los tratados internacionales.

Segundo: DECLARAR que el denominado Acuerdo suscrito no puede surtir efectos en el ordenamiento interno colombiano hasta tanto no cumpla con el trámite constitucional previsto para los tratados en forma solemne, de conformidad con lo establecido en los artículos 150.16, 154, 157, 158, 160, 165, 224 y 241 numeral 10 de la Carta Política.

Como consideraciones jurídicas, la Corte Constitucional expone:

Para que un acuerdo o tratado internacional que involucra nuevas obligaciones que comprometen al Estado surta efectos jurídicos en el orden interno, se requiere de la revisión constitucional de carácter formal y aprobación.

La Corte Constitucional, desde un comienzo, ha adoptado como concepto material de tratado el que emana de la Convención de Viena de 1969; la Constitución colombiana hace mención genéricamente a “tratados o convenios”, acogiéndose, entonces, la noción de tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”²¹

²⁰ Decisión No. 40 Corte Constitucional de Colombia Acuerdo Complementario para la Cooperación y Asistencia Técnica en Defensa y Seguridad entre los Gobiernos de la República de Colombia y los Estados Unidos de América, suscrito el 30 de octubre de 2009.

²¹ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sala Plena, Auto 288 de Agosto 17 de 2010, expediente núm. D-7964 y D-7965, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

En sentencia C-785 de 1999, la Corte afirmó “no es el nombre o denominación de un instrumento internacional sino su contenido lo que define su naturaleza de tratado.”

Si el contenido del instrumento internacional establece un marco jurídico de relaciones entre Estados o entidades de derecho internacional, le serán aplicables las normas de la Carta Magna, agotando las diferentes etapas en donde son entes activos las ramas del poder público y se requiere de un consentimiento previo para su perfeccionamiento.

Respecto al acuerdo militar, “...la Corte constató que no se está ante un acuerdo simplificado sino frente a un instrumento que involucra nuevas obligaciones para el Estado colombiano, así como una extensión de las adquiridas con anterioridad, por lo que debió ser tramitado como tratado internacional, esto es, sometido a la aprobación del Congreso de la República y revisado posteriormente por la Corte Constitucional.”

Los Acuerdos Simplificados o de procedimientos breves han sido considerados por la Corte Constitucional²² como un instrumento que desarrolla y da cumplimiento a las cláusulas sustantivas de un tratado vigente incorporado en la legislación colombiana. Por lo tanto, no originan obligaciones nuevas ni exceden las contraídas por el Estado colombiano. Igualmente, los acuerdos relacionados con materias de competencia exclusiva del Presidente de la República, directamente o por delegación, como director de las relaciones internacionales.

Para que un acuerdo simplificado no surta trámite de aprobación interna ante la Corte Constitucional conforme la Constitución Política, se requieren los siguientes requisitos: “a) *No contengan nuevas obligaciones distintas a las pactadas en el mismo*; b) *Se enmarquen dentro de los propósitos y objetivos del Convenio*, (...) c)

²² COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 241 del 15 de marzo de 2005, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra.

*No se modifique el convenio, ni se refieran dichos Acuerdos a aspectos diferentes...*²³.

La finalidad de los acuerdos simplificados es servir como instrumento legítimo en asuntos de cooperación internacional, dentro de las obligaciones internacionales asumidas con antelación en un tratado vigente, celebrado de acuerdo a las formalidades propias (artículos 150-16, 189-2 y 241-10).

Con la sentencia C- 400 de 1998, la Corte Constitucional cambia la jurisprudencia respecto al control de constitucionalidad de los Acuerdos Simplificados. Anteriormente, consideraba que bastaba la sola firma o el canje de los instrumentos. Posteriormente, estableció la exigencia de la aprobación por parte del Congreso y su constitucionalidad por la Corte Constitucional, antes del consentimiento por el presidente de la república. Independiente de la denominación que reciban, son actos con fuerza jurídica en el derecho interno como en el derecho internacional.

El acuerdo en cuestión, en su formalidad, es un acuerdo simplificado pero, en su contenido material, involucra nuevas obligaciones (asunto propio de un tratado internacional) en las que se observan aspectos de orden político-constitucional como el ejercicio de la soberanía, la restricción de la potestad punitiva del Estado, el estatuto personal, el principio de soberanía fiscal, el monopolio de la fuerza y el dominio sobre el territorio colombiano.²⁴

Para la Corte, el referido acuerdo involucra, entre otros, los siguientes compromisos, mencionando los más relevantes: autorización para acceder y utilizar instalaciones militares por personal militar y civil extranjero; facultad para la libre circulación de buques, naves, aeronaves y vehículos tácticos extranjeros por el territorio nacional, sin posibilidad de inspección o control por las autoridades

²³ Ibid.

²⁴ Ibíd. Auto 288 de Agosto 17 de 2010.

nacionales; autorización para el uso y porte de armas en el territorio nacional por personal extranjero; extensión de un estatuto personal de inmunidades y privilegios diplomáticos para contratistas y subcontratistas, así como, personas a cargo del personal de los Estados Unidos; la previsión de cláusulas indeterminadas en relación con la extensión y prórrogas del Acuerdo, las bases militares e instalaciones objeto del acceso y uso por el personal extranjero.

El presente tratado trae consigo una extensión de las obligaciones adquiridas previamente, y, a su vez, fija obligaciones ex novo. No desarrolla tratados previos, ni da cumplimiento a cláusulas sustantivas de tratados vigentes. El Acuerdo recae en asuntos que requieren de un trámite concreto, como el caso del ejercicio de la soberanía. A juicio de la Corte “la soberanía no puede ser invocada para llegar al punto de traducirse en la renuncia o cesión plena de competencias nacionales, en tanto se desnaturalizaría su esencia”.²⁵

Como **salvamento de voto**, el magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHAIJUB salvó su voto totalmente y el magistrado MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO salvó parcialmente su voto, respecto del numeral primero de la resolución:

El magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHAIJUB; “partiendo de considerar que el Acuerdo Complementario es, en todas sus partes, un acuerdo simplificado que no requiere de aprobación por el Legislativo y frente al cual la Corte Constitucional carece de competencia para la revisión de constitucionalidad”.²⁶

Así mismo, aduce:

“Esta posición resulta contraevidente, por cuanto, un análisis detallado de los compromisos adquiridos con anterioridad demuestra que el Acuerdo del 2009 es una sistematización de los mismos en un sólo cuerpo formativo. De igual modo, desconoce la importante ayuda que Estados Unidos viene prestando en asistencia

²⁵ Ibíd. Véase Corte Constitucional, Sentencia C- 578/02

²⁶ Ibíd. Véase Decisión No. 40 Corte Constitucional del 30 de octubre de 2009.

y cooperación en asuntos militares y humanitarios, tales como la seguridad aérea, el incremento de la flota naval, su importante apoyo en los sistemas de inteligencia y comunicación y su colaboración en la efectividad operacional de las unidades tácticas entre otros.

La legislación interna de Estados Unidos también contiene prohibiciones en este respecto. Por otro lado, las actividades que las misiones de cooperación estadounidenses podrán desarrollar en el territorio nacional están limitadas por la legislación nacional, el derecho internacional y la costumbre en materia de derechos humanos. La presencia de uniformados y contratistas de los Estados Unidos siempre deberá ser acordada con el Gobierno de Colombia por intermedio de la Cancillería y el Comando General de las Fuerzas Armadas”.²⁷

Aclara que el acuerdo suscrito se encuentra vigente actualmente ante el derecho internacional lo que acarrea efectos jurídicos:

“El magistrado PRETELT CHAIJUB consideró que se trasgredió la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de la cual se desprende que sólo la denuncia del Acuerdo con 12 meses de anterioridad autoriza a Colombia a darlo por terminado y no continuar obligado al mismo, tal como lo señala el artículo 52 cuando señala que un Tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación no podrá ser objeto de denuncia, a menos que se cumplan dos condiciones: a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado”. En relación con el término previsto para la denuncia, la Convención señala que la parte que desea retirarse del Tratado “deberá notificar con doce meses, por lo menos, de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo 1.”²⁸

El magistrado MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, por su parte, “ por considerar que el Acuerdo debió haber sido remitido sólo en una parte, ya que la mayoría de

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

sus cláusulas estaban previstas en numerosos acuerdos suscritos con los Estados Unidos desde 1939 o correspondían a desarrollos de tratados multilaterales que regulan la cooperación de los estados signatarios en la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo y la delincuencia transnacional’’.²⁹

Con relación al numeral segundo de la parte resolutive los magistrados MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Y NILSON PINILLA PINILLA salvaron el voto así; ‘‘respecto de la declaración de no surtir efectos en el ordenamiento interno colombiano, el Acuerdo Complementario, a partir de esta decisión. Máxime cuando los Estados Partes (Colombia y EE.UU.) vienen aplicando estos instrumentos de cooperación en defensa y seguridad desde hace casi setenta años’’.³⁰

De este modo, el Gobierno nacional deberá acatar la decisión tomada por la Corte Constitucional en el comunicado para darle legalidad al Acuerdo militar entre Colombia y Estados Unidos en el orden interno, aunque externamente ante el derecho internacional ya se esté ejecutando lo pactado por las partes y por ende el estado sea responsable ante tal.

1.5.2 CREACIÓN DE LA ZONA DE DESPEJE LEY 418 DE 1997

1.5.2.1 La Ley 418 de 1997 y Sus Repercusiones como Inmunidad de Jurisdicción

La **ley 418 de diciembre 26 de 1997** consagra unos ‘‘instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones’’, expedida para tomar medidas relativas al proceso de diálogo, negociación o firma de acuerdos con las organizaciones armadas al margen de la ley. Con el objeto de garantizar la plenitud de los derechos y libertades

²⁹ Ibíd.

³⁰ Ibíd.

fundamentales reconocidos en la Constitución Política y/o los Tratados Internacionales aprobados por Colombia. Propósito no alcanzado, por la afectación del normal y pleno funcionamiento de las instituciones civiles de la región, las familias colombianas y su grupo social.

Con el firme propósito de adelantar diálogos o acuerdos con los grupos armados organizados al margen de la ley, lograr su desmovilización y reconciliación entre los colombianos y la convivencia pacífica, en el parágrafo 2 artículo 8, se autoriza al Gobierno Nacional, el establecimiento y la ubicación temporal de determinadas zonas del territorio nacional o internacional en concertación con los voceros o miembros representantes de dichos grupos armados.

Es así, como nace la “zona de despeje” o “zona de distensión” de aproximadamente cuarenta y dos mil kilómetros cuadrados, ubicada en el Municipio de San Vicente del Caguán Departamento del Caquetá, entre los años de 1998 al 2001, zona levantada por el presidente de la república de ese periodo el 20 de febrero de 2002. En aras de dar cumplimiento a la ley 418, en las zonas aludidas, se procedió a la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura contra los grupos armados ilegales hasta que el Gobierno así lo determinara, o se culminara el supuesto proceso de diálogo.

Durante la zona de despeje, no existieron reglas de juego claras que permitieran consolidar un proceso de paz, generándose más bien un incremento de la violencia que puso en grave riesgo la estabilidad de la nación.³¹ Se atentó contra el ejercicio de los derechos constitucionales y legales por parte del grupo al margen de la ley, especialmente el derecho al ejercicio de la propiedad. Éste ordenaba el cierre de establecimientos comerciales, imponía multas a ciudadanos residentes, se censó a los propietarios de los predios y a las personas argumentando medida de seguridad en la zona. Se volvió usual el abigeato y se

³¹ ¿Cómo funcionó la zona de ubicación de Santa fe de Ralito?: Informe de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz. 13 de mayo de 2004. Disponible en www.presidencia.gov.co/prensa

impuso un severo régimen de comercialización con impuesto a la movilización de semovientes.³²

La Ley contempla en virtud del principio de solidaridad social la asistencia prestada por la Nación, a la población civil víctima del perjuicio generado en el marco del conflicto armado interno, sin reconocerse con ello la responsabilidad patrimonial del Estado.

La Corte Constitucional argumenta: “no halla razones constitucionales para que el retiro de la fuerza pública vulnere la soberanía. Por el contrario, considera que el "despeje" representa un acto de soberanía, pues no sólo es una decisión unilateral de Estado que se concreta a través de la representación democrática que ostenta el Presidente de la República, sino que está concebido como un objetivo de diálogo y de negociación que la institución impuso. En consecuencia, es una manifestación de la soberanía *ad intra* la demostración estatal de su capacidad para resolver las controversias internas pacíficamente y para señalar las reglas de ello”³³.

Es viable mencionar la inmunidad de jurisdicción que con la ley 418 se creó para los miembros de los grupos armados al margen de la ley. En ella, “El Gobierno Nacional concedió, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada por hechos constitutivos de delito político, cuando a su juicio, el grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelante un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil”.³⁴ Como medidas subsidiarias se aplicaron la cesación de procedimientos penales, la

³² *Ibíd*em

³³ COLOMBIA. Corte Constitucional c- 048/01, del 24 de enero de 2001, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

³⁴ Ley 418 de 1997, artículo 50.

preclusión de la investigación, o resolución inhibitoria, o se les otorgue el beneficio de suspensión condicional de la pena. Exceptuándose a quienes realicen conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión.

“El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político cuando a su juicio, el grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelante un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales que, individualmente y por decisión voluntaria, abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley y así lo soliciten, y hayan además demostrado, a criterio del Gobierno Nacional, su voluntad de reincorporarse a la vida civil.”³⁵

De igual forma, los sujetos beneficiarios de las medidas mencionadas anteriormente, como el indulto, no podrán ser juzgados por los mismos hechos, salvo excepciones (art. 63 y 64). Argumento paradójico si recordamos que el infractor nunca sería procesado por el tipo penal, pues bien al concedérsele el indulto por parte del Presidente de la República y los Ministros del Interior y de Justicia, simplemente se olvidaría la pena y con ella las infracciones y los daños ocasionados por el lapso de tiempo de permanencia de la zona instalada, quedando en libertad.

Según la Corte Constitucional, *“El inciso 2º del Art. 50 de la Ley 418 de 1997, modificado por el Art. 19 de la Ley 782 de 2002, constituye una norma que tiene dos sentidos normativos: i) Un primer sentido, en virtud del cual el Gobierno*

³⁵ Ley 782 de 2002, artículo 19

*Nacional puede conceder el indulto por delitos no políticos. ii) Un segundo sentido, según el cual el Gobierno Nacional sólo puede conceder el indulto por delitos políticos, o sea, por rebelión, sedición y asonada. Este sentido incluye obviamente el otorgamiento del beneficio por los delitos conexos con los delitos políticos, de acuerdo con el criterio uniforme de la doctrina jurídica”.*³⁶

La Corte resalta dos parámetros en la concesión del indulto, primero, se condiciona aquellos nacionales que por voluntad propia renuncien a sus actividades delictivas al interior de los grupos armados organizados al margen de la ley y, segundo, recaerá únicamente en los delitos políticos y los delitos conexos con aquellos.³⁷

1.5.2.2 La responsabilidad del Estado determinada en fallo de 2008 del tribunal administrativo del Caquetá; Caso ocurrido en San Vicente del Caguán- zona de distensión

Con el objetivo de establecer si es posible la configuración de los requisitos que determinen el tipo de régimen a aplicar en la responsabilidad del Estado legislador por la ley 418 de 1997, se analizará el *fallo de 2008 del Tribunal Administrativo del Caquetá*³⁸; en él, los actores solicitan declarar responsables a la Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, por los perjuicios materiales y morales ocasionados por el hurto de ganado cometido por las FARC. Fallo, que si bien se fundamentó en el régimen de la falla del servicio aún sin haberse probado por el accionante la imputación como tal a la Administración, cambiando la posición de la Sala Plena del Consejo de Estado sobre el principio de *Iura Novit Curia*, es pertinente al referirse a uno de los daños ocurridos en la zona de despeje.

³⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 928 del 6 de septiembre de 2005, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ COLOMBIA, Tribunal Administrativo del Caquetá, Expediente 18001-2331-001 + 2004 del 29 de mayo de 2008, Magistrado Ponente Fernando Cuéllar Sánchez. Actor. Ignacio Araujo Sánchez y otros, Demandado. La Nación- Ministerio de Defensa, Ejército Nacional. Sentencia que decide Acción de Reparación Directa por la omisión de la fuerza pública de prestar protección y vigilancia a los bienes de los actores.

a- Como resumen de los hechos encontramos:

1. Menciona como hecho notorio que durante el gobierno del Dr. Andrés Pastrana Arango se decretó el despeje de cinco (5) municipios de Colombia, entre ellos el Municipio de San Vicente del Caguán, creando la llamada “zona de despeje”.
2. Al romperse las conversaciones tendientes a obtener la paz negociada con las Fuerzas Armadas Revolucionarias – FARC-, era presumible que el Estado hiciera presencia a través de su Ejército Nacional con el fin de ejercer la soberanía en la zona que había sido objeto del despeje.
3. Sólo después de tres meses de ocurridos los hurtos de ganado, gracias a la información suministrada por la prensa nacional, el Ejército Nacional empieza a incursionar en el Caquetá, específicamente en San Vicente del Caguán.
4. El Dr. Ernesto García Borrero – Gerente del Fondo Ganadero del Huila solicitó ante las autoridades competentes, seguridad y vigilancia para los campesinos de la zona. Los demandantes formularon las denuncias del robo de ganado días después de ocurrido el hecho.
5. Las FARC ordenaron a los depositarios o gestores entregar los ganados del Fondo Ganadero del Huila, sin que éstos pudiesen protestar ante el temor de perder sus vidas y las de sus familias, prohibiéndoles bajar al pueblo en los días siguientes, de tal manera que su indefensión era total.
6. Entre el 22 de octubre y el 22 de noviembre de 2003, las FARC hurtó cerca de 9.744 reses que estaban bajo la tenencia de los actores.

b- Como **pruebas** se presentaron: Los contratos de participación de los campesinos con el Fondo Ganadero del Huila; las denuncias ante el Departamento de Policía en el Caquetá por cada uno de los actores; se allegó despacho Comisorio No. 2005-0008 diligenciado por el Tribunal Administrativo del Huila, que da cuenta de la diligencia de inspección judicial practicada a las

instalaciones del Fondo Ganadero del Huila S. A., en donde se recepcionaron los testimonios de Lisandro Prada Ramírez; se allegó dictamen pericial; tres oficios de operaciones del ejército efectuadas dentro de la circunscripción territorial y durante el 20 de octubre y el 20 de noviembre.

De las pruebas, se puede establecer la certeza del vínculo contractual entre cada uno de los campesinos y el Fondo Ganadero del Huila, la cantidad de ganado a su cuidado, las denuncias y las comunicaciones realizadas por el ex gerente del Fondo al Departamento de policía, al igual que las denuncias posteriores al robo de los actores, así como el ejercicio de la fuerza pública, en el periodo de los hechos.

c-Los **demandados**, La Nación- Ministerio de defensa – Ejército Nacional, exponen: los hechos que dieron origen a la acción delictiva fueron cometidos por grupos al margen de la ley, por lo tanto, se presenta un eximente de responsabilidad: la intervención de un tercero, en este caso las Farc. Las Fuerzas Militares no tienen como función servir de escolta en particular a persona natural o jurídica alguna. Su función principal es general, expresa y concreta. Por último, la actividad ganadera en la zona de despeje, al implicar un riesgo inminente, sus consecuencias eran asumidas por los campesinos de la región de San Vicente del Caguán.

d- El Tribunal **considera**

Como daño antijurídico;

1. Como hecho notorio o de público conocimiento, están la Ley 418 de 1997 y la Resolución No. 85 del 14 de octubre de 1998, por medio de la cual se declaró la zona de despeje para adelantar diálogos de paz con el grupo armado FARC.
2. Con base en las normas enunciadas, el Ejército Nacional se vio obligado a desmilitarizar la zona de San Vicente del Caguán y sus predios colindantes.

3. Las pruebas, documentales y testimonial, demuestran el robo del ganado vacuno por las Farc, propiedad del Fondo Ganadero del Huila, que tenían los actores en calidad de depositarios, durante el 9 de octubre y el 28 de noviembre de 2003.

Como se observa, es evidente que el daño antijurídico alegado por los actores, provienen de la expedición la ley 418 de 1997; por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones y la resolución 85 de 1998. Actuaciones legítimas ejercidas por el Estado, que rompen el principio de igualdad ante las cargas públicas, imponiéndoles a los moradores de los municipios aledaños al área desmilitarizada de San Vicente del Caguán- Caquetá, un mayor sacrificio del que normalmente debe soportar el resto de la población colombiana.

Como Imputabilidad del daño;

1. Aplica el principio *Iura Novit Curia*.
2. Alega la falla indilgada por los accionantes en la omisión de la Nación, al deber constitucional de protección, vigilancia y seguridad sobre las personas y bienes residentes en la que fue zona de distensión, lo que ocasionó el hurto de ganado.
3. El conocimiento por parte del Estado de la situación, lo hace agente de un daño especial y exigible.
4. Trae a colación la constitucionalidad del artículo 8 de la ley 418 de 1998³⁹ y la resolución 85 de 1998, para concluir la desmilitarización en la zona San Vicente del Caguán.

³⁹ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia c- 048 de 24 de enero de 2001, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

5. La terminación del proceso de paz por el Presidente de la República, el 20 de febrero de 2002, sin que se presentara la acción de las fuerzas militares en la zona, quedando los habitantes en indefensión frente a la comisión de ilícitos.
6. Es de notorio conocimiento que el grupo guerrillero tiene por fuente de ingresos realizar actos ilícitos contra la población civil.
7. Resalta los informes reiterados por el Fondo Ganadero del Huila, en el que da cuenta de los hechos delictuosos y solicita la protección de los bienes de los actores. Concluye: “si bien los actores presentaron las denuncias con posterioridad a la presentación de la ocurrencia de los hechos por haber sido amenazados, el Fondo Ganadero del Huila, mediante sendos oficios... puso en conocimiento de las diferentes autoridades y en la oportunidad precisa los hurtos que se estaban presentando, así como las zonas donde ocurrieron y solicitó reiteradamente la colaboración institucional...”⁴⁰

Según el Tribunal, el régimen jurídico aplicable conforme el principio *Iura Novit Curia* es el de la falla del servicio, debido a la omisión de la fuerza pública en el cumplimiento de su función después de terminada la zona de despeje en San Vicente del Caguán y otros municipios. Considerado para el Tribunal como un hecho conocido y previsible por el Estado, sin que en el acervo probatorio de los accionantes se demuestre realmente la solicitud de vigilancia y cuidado al Ejército Nacional para cada una de la fincas de éstos campesinos previamente al suceso del daño. Además, lo justifica en las comunicaciones realizadas por el Fondo Ganadero del Huila, cuando éstos no tienen causa legítima en el proceso. Interpretándose entonces como una falla presunta del Estado, no viable conforme la posición actual del Consejo de Estado donde se exige la carga de la prueba y violando el principio *Iura Novit Curia* al cambiar los hechos fácticos de la demanda.

⁴⁰ COLOMBIA, Tribunal Administrativo del Caquetá, Expediente 18001-2331-001 + 2004 del 29 de mayo de 2008, Magistrado Ponente Fernando Cuéllar Sánchez.

Como nexo causal;

Se da un daño antijurídico por el robo del ganado, ocasionado por la omisión de las fuerzas militares, pese a ser solicitada luego de terminarse la zona de distensión.

Se sustenta en las pruebas el robo de ganado como daño antijurídico, pero la actuación de las fuerzas militares no fue probada y según los hechos, se deriva de la ley como tal, con lo cual, no hay un nexo causal entre el daño y la imputación.

- e- **Decisión:** El Tribunal declara no probada la excepción de la demandada y declara, administrativa y patrimonialmente, responsable a La Nación- Ministerio de Defensa Nacional por los perjuicios ocasionados a los actores, en los hechos ocurridos en el municipio de San Vicente del Caguán entre los meses de octubre y noviembre de 2003.
- f- Sobre los **perjuicios** se tienen: los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante, se consideran probados con el hurto de 10.042 cabezas de ganado en el municipio de San Vicente del Caguán entre los meses de octubre y noviembre de 2003. Y los perjuicios morales, que no son decretados por no estar demostrados en el proceso.

En el presente fallo, con el respeto que me merece el Tribunal Administrativo del Caquetá, estoy de acuerdo con la responsabilidad indilgada al Estado por los daños generados al crearse la zona de despeje, pero no mediante el título jurídico imputado de falla del servicio, puesto que los hechos y las pruebas del expediente me conducen a pensar la posibilidad de una responsabilidad del Estado legislador basada en la desigualdad de las cargas públicas, de acuerdo, claro está, con los requisitos del régimen de daño especial, conforme lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado. “El análisis del juzgador no debe detenerse

en la falla del servicio, pues, aunque es el título general de imputación del daño antijurídico al Estado, no es el único”⁴¹.

En efecto, las pruebas allegadas al expediente permiten concluir que la actuación de los agentes del ejército comprometidos en los hechos en que robaron el ganado fue lícita y adecuada a las circunstancias como sucedieron los hechos. Sin embargo, es claro que tal actuación determinó para el demandante, Ignacio Araujo y otros, la ruptura del principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas, causándole un daño antijurídico cuya indemnización corre a cargo del Estado, pues su actividad, que, como se dijo, no amerita reproche, le ha impuesto una carga excepcional en provecho o beneficio de los demás integrantes de la comunidad, justo es, por consiguiente, que si la actuación de la administración beneficia a la comunidad en la búsqueda de la convivencia, los perjuicios que con ella se generan tengan que repartirse entre todos⁴².

El Ministerio Público, interpuso el recurso de apelación contra la providencia argumentando la jurisprudencia de la Corte Constitucional que a su tenor dice: “... no existe norma constitucional que disponga la presencia permanente efectiva y real de la fuerza pública en todas y cada una de las zonas geográficas del territorio nacional...”⁴³

g- Acuerdo de Conciliación. Los apoderados de las partes deciden⁴⁴:

- 1- El Ministerio de Defensa- Ejército Nacional pagarán el setenta y cinco por ciento (75%) de la condena impuesta en la providencia de primera instancia a favor de cada uno de los demandantes.

⁴¹ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No 10867 de 27 de enero de 2000, Consejero Ponente Alier E. Hernández Enríquez.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Conciliación Expediente No 2004- 00127 del 6 de agosto de 2009, consejero ponente Myriam Guerrero de Escobar.

⁴⁴ *Ibíd.*

- 2- Dicho pago se efectuará dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que aprueba la conciliación.
- 3- Así mismo, se reconocerán los intereses acordes al artículo 177 del C.C.A.

h- **El Ministerio Público.** Considera que no están dados los presupuestos necesarios para conciliar por no existir falla del servicio por parte de la administración: "... Para el momento del hurto de ganado, existía en la zona la presencia real y efectiva de la autoridad- las fuerzas militares que el hurto de ganado no estuvo ligado al cese de la zona de despeje o distensión" ⁴⁵.

La señora Magistrada del Consejo de Estado decide improbar la conciliación celebrada el 11 de junio de 2009, luego de examinar el cumplimiento de los requisitos de caducidad, derechos económicos, representación y capacidad y por último pruebas, legalidad y no lesividad. Al respecto, advierte, de acuerdo al material probatorio, que "... para determinar los elementos integradores de la responsabilidad es necesario realizar un análisis de fondo de tales medios de convicción al momento de proferir sentencia..."⁴⁶. En la actualidad sigue en curso el proceso en el Consejo de Estado.

Considero que en el presente caso el Estado colombiano debe confirmar el fallo del Tribunal del Caquetá y por ende responder La Nación- Ministerio de Defensa, Ejército Nacional ante el demandado Ignacio Araujo Sánchez y otros en reparación directa, por los hechos ocurridos entre el 22 de octubre y el 22 de noviembre de 2003, como consecuencia de la zona de despeje en San Vicente del Caguan.

Dicha zona de despeje declarada por la Ley 418 de 1997 y la Resolución No. 85 del 14 de octubre de 1998, desmilitarizada por el Ejército Nacional en cumplimiento de la ley enunciada, fue el hecho que originó el daño antijurídico que

⁴⁵ Ibíd.

⁴⁶ Ibíd.

conllevo al hurto de ganado de los demandantes por la ausencia del ejército en la zona. Lo que quiere decir, que el régimen por el cual se debe imputar la responsabilidad del Estado sería el daño especial por el desequilibrio de las cargas públicas que debieron soportar los habitantes de la zona, y no por falla del servicio por omisión como argumenta el Tribunal.

Por otra parte, aun cuando los acuerdos de paz en la zona de despeje finalizaron en febrero de 2002 y los hechos ocurrieron en el año 2003, en la zona, el orden público no se restableció a la normalidad, seguía la desmilitarización de las fuerzas militares como contemplaba la ley 418, y en consecuencia la comisión de ilícitos. Ilícitos que vinieron en aumento desde que se instauró la mesa de diálogo en la zona, a partir de la entrada en vigencia de la ley 418. Luego contrario a lo que afirma el Ministerio Público, el hurto de ganado si estuvo ligado al cese de la zona de despeje o distensión.

De los hechos relatados en la demanda se deduce un daño grave, especial y excepcional, como es el robo de ganado de los demandantes que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe soportar, ocasionado por una actividad legítima de la administración, ley 418 de 1997, lo que genera un nexo causal entre la ley que crea la zona de despeje, para procesos de paz en San Vicente del Caguan, lugar donde habitaban los demandantes con los integrantes de las FARC, apropiándose estos últimos del territorio y causando fechorías en el, como el abigeato. Hechos que siguieron ocurriendo aun después de terminada la zona de despeje.

En sentencia del 6 de octubre de 2006⁴⁷, en sus hechos, la estación de policía del municipio de Algeciras- Huila fue atacada por las FARC, repeliéndose la agresión por agentes de la policía, lo cual creó un conflicto armado interno, que ocasionó daños a las personas que habitaban a su alrededor y que fueron imputados al

⁴⁷ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No AG-948 de 6 de octubre de 2005, Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

Estado. La responsabilidad se determinó conforme la falla del servicio de la administración o del riesgo creado por la entidad estatal para garantizar la vida e integridad de las personas.

En el caso de la toma de la base militar de las delicias en el Putumayo, el conscripto Omar León Molina Castro, para el momento de los hechos, estaba vinculado con las Fuerzas Militares, prestando el servicio obligatorio como acatamiento del mandato constitucional previsto en el artículo 216 de la Carta Política.⁴⁸ Durante la toma guerrillera a la base militar, sale herido, con graves lesiones en su cuerpo. El Consejo de Estado, en sentencia, estudia el daño ocasionado al soldado bajo el título de imputación objetiva de daño especial o riesgo excepcional. Establece que el régimen imputable como responsabilidad del Estado será el de daño especial, por la ruptura del equilibrio de las cargas públicas que soportó el soldado regular por la carga o deber constitucional de prestar el servicio militar. Afirmó que, para los soldados no conscriptos, el régimen a tratar sería el del riesgo excepcional por exceder del que normalmente estaría sometido.

En sentencia del Consejo de Estado del 2001⁴⁹, los demandantes acusan los siguientes actos en relación con la zona de despeje:

Resolución 85 de 14 de octubre de 1998 por la cual se declara la iniciación de un proceso de paz, se reconoce el carácter político de una organización armada y se señala una zona de distensión en los municipios de Mesetas, La Uribe, La Macarena, Vista Hermosa, municipios éstos del Departamento del Meta, y San Vicente del Caguán, Departamento del Caquetá

Resolución 39 de 4 de junio de 1999 por la cual se adoptan decisiones para contribuir a la búsqueda de la paz.

⁴⁸ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No 18747 de 25 de mayo de 2011, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio.

⁴⁹ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente No 5802 de 6 de septiembre de 2001, Consejero Ponente Camilo Arciniegas Andrade.

Resolución 40 de 4 de junio de 1999 por la cual se reconoce a unas personas como miembros representantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC.

El Consejo de Estado afirma: “el examen, que le compete realizar acerca de la legalidad de los actos acusados, debe limitarse a confrontarlos con la normativa vigente al tiempo de su expedición, y no puede recaer sobre situaciones de hecho sobrevinientes”. Refiriéndose a la aplicación del artículo 8°, literales a) y b), de la Ley 418 y en el artículo 189, numeral 3° C.P., donde el Gobierno le reconoce, a la organización armada FARC, el carácter político como organización armada. De igual manera, no encuentra justificación a la acusación contra la creación de la denominada Zona de Distensión, dado que se fundamenta en el artículo 8°, párrafo 1, inciso 5°, de la Ley 418 que autorizó al Gobierno para ubicar temporalmente organizaciones armadas al margen de la ley.

1.5.3 DERECHO A LA VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN DE VICTIMAS; LEY DE JUSTICIA Y PAZ (LEY 975 DE 2005)

1.5.3.1 Alcance y ámbito: Atención y reparación integral a las víctimas

La Ley 975 de 2005 de justicia y paz tiene por objeto la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, proporcionando la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, respetando el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados. Dentro de su ámbito, regula lo relacionado a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley.

Conforme la sentencia C- 319 de 2006, la Corte Constitucional señala a la Ley 975 de 2005 como un procedimiento especial con competencia en la jurisdicción

ordinaria y no en una jurisdicción especial⁵⁰. En su procedimiento contempla la alternatividad como un beneficio que permite suspender la ejecución de la pena definida en la sentencia, sustituyéndola por una pena alternativa. De igual forma, el Consejo de Estado considera la ley como proceso judicial especial, complemento del código de Procedimiento Penal, esto es, la Ley 906 de 2004(artículo 62 ibídem)⁵¹. Para la Corte Suprema, el proceso transicional tiene unas diferencias estructurales con el proceso penal ordinario.⁵²

LEY 975 DE 2005 DE JUSTICIA Y PAZ JUSTICIA TRANSICIONAL	LEY PENAL (Ley 600/2000 y Ley 906/2004 JUSTICIA ORDINARIA
Procedimiento especial	Procedimiento penal ordinario
Dirigida a personas pertenecientes a grupos organizados al margen de la ley	Dirigida a personas del común responsables de una conducta delictiva
La regulación ofrece a los desmovilizados sometidos voluntariamente a ella, significativas ventajas punitivas.	La regulación asegura garantías al justiciable.
El desmovilizado somete su poder al del Estado (entregándole sus armas y cesando todo accionar violento), y renunciando a la garantía constitucional	El procesado tiene derecho a exigir que se le investigue dentro de un plazo razonable, amparado entre otros, por el derecho a la no autoincriminación.

⁵⁰ La Ley 975 de 2005 en su artículo 32 atribuye a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, la competencia para adelantar la etapa de juzgamiento de los procesos que en virtud de ella se adelanten y vigilar el cumplimiento de las penas y las obligaciones impuestas a los condenados.

⁵¹ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección cuarta, Expediente 25000-23-24-000-2007-00290-01(AC) del 26 de julio de 2007, consejero Ponente Ligia López Díaz.

⁵² COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso No 34606 del 9 de diciembre de 2010, Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez.

<p>contenida en el artículo 33 superior, confiesa voluntariamente sus crímenes, ofrece toda la información suficiente para que se constate su confesión.</p>	
<p>El justiciable desmovilizado se encuentra sometido, doblegado voluntariamente ante el Estado en busca de la indulgencia ofrecida por la alternatividad penal prevista en la Ley.</p>	<p>El procesado está enfrentado con el Estado, en términos de combativa exigencia, producto del ejercicio pleno de sus garantías procesales.</p>
<p>Es necesaria la imputación por el delito de concierto para delinquir como punible base y condición al procedimiento especial.</p>	<p>No requiere la formulación de un cargo específico como condición al procedimiento ordinario.</p>

Para la obtención de la pena alternativa, el beneficiario deberá colaborar con la reparación de las víctimas en los tópicos de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, con su resocialización a través del trabajo, estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad, y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció. Pena impuesta por un periodo que oscila entre un mínimo de cinco (5) y no superior a ocho (8) años, según la gravedad de los delitos. Finalizada la pena, se le otorga la libertad a prueba, con el compromiso de no reincidencia en los delitos cometidos, para concluir con la extinción de la pena principal.

La medida de la alternatividad penal, contemplada en la ley de justicia y paz en su artículo 3°, merece especial consideración por la Corte Constitucional⁵³, en cuanto

⁵³ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 370 del 18 de mayo de 2006, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinoza.

a la expresión “*colaboración con la justicia*” fundamental en la suspensión de la ejecución de la pena determinada. En la respectiva sentencia, la Corte declara la constitucionalidad de éste artículo en el entendido que la “colaboración con la justicia” debe dirigirse a satisfacer el goce de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

Al desmovilizado condenado, la ley le otorga la posibilidad de acumular jurídicamente la pena anterior cometida a causa de hechos delictivos, ocurridos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado ilegal, con la nueva condena si se acoge a la Ley 975 de 2005, y reúne los requisitos de la ley. Posterior a la acumulación, el juez suspende la ejecución de la pena fijada en la condena ordinaria y aplica el beneficio de la pena alternativa de 5 a 8 años en relación con la pena acumulada.

El inciso 2° del artículo 20 consagra: “*pero en ningún caso la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley*” se declara inconstitucional; “*Tal supresión total de la condena previa equivale a una afectación manifiestamente desproporcionada del derecho de las víctimas a la justicia y podría ser interpretado como un indulto disfrazado*”⁵⁴.

De igual forma, parece una afectación de los derechos a las víctimas el inciso quinto del artículo 29 sobre los supuestos de revocatoria de la libertad a prueba y del beneficio de alternatividad penal mediante la expresión “cumplidas estas obligaciones”, en el hecho que se les conceda a los integrantes de los grupos armados beneficios en la disminución sustantiva de la pena, sin que para ello hubiesen confesado la participación de la totalidad de delitos cometidos como miembro del frente armado. Burlando los fines de la justicia y el acceso a la verdad.

⁵⁴ Ibíd.

Respecto al beneficio de rebaja de pena del 10% de que trataba el artículo 70 de la Ley 975 de 2005, La Corte Suprema señala como condiciones, primero, que el imputado no haya incurrido en delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, lesa humanidad y narcotráfico; segundo, que el reo este purgando la pena cuando la ley haya entrado en vigencia y tercero, la reparación plena de las víctimas y su cooperación con la justicia, comprendiendo: a) el buen comportamiento del condenado; b) su compromiso de no repetición de actos delictivos; c) su cooperación con la justicia y d) sus acciones de reparación a las víctimas.⁵⁵

El demandante Wilson Alfonso Borja Díaz, en demanda de constitucionalidad⁵⁶, expone: *“la ley 975 de 2005 contiene un indulto y otorga a los grupos guerrilleros y de autodefensa la calidad de delincuentes políticos, lo cual les permite acceder a los beneficios de la alternatividad, incluso ante la comisión de delitos de lesa humanidad”*. A lo cual, la Corte adujo: el cargo no está llamado a prosperar, declarado exequible en la Sentencia C-370 de 2006, al no haberse tramitado la ley de acuerdo con las exigencias propias de una ley de amnistía o indulto.

Al igual que en procesos de responsabilidad, en la justicia transicional siempre que se identifique el daño y la relación de causalidad con la actividad del grupo específico y se haya o no (en daños anónimos responden los miembros judicialmente identificados beneficiarios de las disposiciones de la ley) definido judicialmente la pertenencia del desmovilizado al frente o bloque correspondiente, como medida de satisfacción y reparación a las víctimas, quien proporciona el daño responde con su patrimonio en la reparación de perjuicios. El Estado sólo interviene como agente subsidiario y en forma solidaria en casos de insubsistencia en el patrimonio del perpetrador del delito.

⁵⁵ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sentencia T- 355 del 10 de mayo de 2007, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 531 del 12 de julio de 2006, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

“La reparación económica a cargo del patrimonio propio del perpetrador es una de las condiciones necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y promover la lucha contra la impunidad. Sólo en el caso en el cual el Estado resulte responsable – por acción u omisión – o cuando los recursos propios de los responsables no son suficientes para pagar el costo de reparaciones masivas, el Estado entra a asumir la responsabilidad subsidiaria que esto implica.

“Están obligados a reparar los daños derivados de una conducta punible⁵⁷ (i) los penalmente responsables; (ii) los que de acuerdo con la ley sustancial deben responder por los hechos cometidos por otros, es decir los conocidos como terceros civilmente responsables, y (iii) los que se enriquecen ilícitamente con el delito”⁵⁸.

“El Estado ingresa en esta secuencia sólo en un papel residual para dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial a aquellas que no cuentan con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización al que tienen derecho (inciso segundo del artículo 42 de la Ley 975 de 2005) y ante la eventualidad de que los recursos de los perpetradores sean insuficientes”⁵⁹.

1.5.3.2 Antecedentes de la reparación integral

La reparación integral anteriormente se constituía como un principio general de responsabilidad, en el cual el daño indemnizable es aquel causado, la Corte Constitucional aduce el resarcimiento del perjuicio conforme al daño causado, por su lado, el Consejo de Estado considera que para remediar los daños se realiza la reparación integral del perjuicio.

⁵⁷ La satisfacción del principio de reparación exige la observancia de un orden en la afectación de los recursos que integran el fondo de reparación establecido por la Ley 975 de 2005.

⁵⁸ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 370 del 18 de mayo de 2006, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinoza.

⁵⁹ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 575 del 25 de julio de 2006, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

El principio de la reparación integral el cual busca restablecer el equilibrio del daño causado se encuentra reflejado en el artículo 2341 del Código Civil como parte de la responsabilidad.

“A partir de la Constitución Política de 1991 y, concretamente, en 1998 con la expedición de la ley 446, se estableció en Colombia desde la perspectiva del derecho de daños y sin importar cuál sea la fuente que lo genera, la obligación de que la reparación del perjuicio sea integral”⁶⁰.

La reparación integral de un derecho se concede cuando el daño sea antijurídico de acuerdo al artículo 90 de la Carta Magna, y que por lo tanto la persona no tenga la obligación jurídica de soportarlo.

En nuestro país, posterior al año 2007 el Consejo de Estado en su jurisprudencia para resarcir los perjuicios ocasionados por un daño, introduce la palabra de “reparación integral” remplazando el término de “indemnización” al cual hacía referencia años atrás.

Anteriormente, en la jurisprudencia imperaba el principio indemnizatorio que implicaba y se limitaba al pago de una suma de dinero a la persona afectada por el daño, comprendido en el artículo 1614 del Código Civil colombiano. Con la reparación integral se amplía el concepto como afirma Enrique Gil: “el desagravio y la satisfacción completa, total y global del daño antijurídico irrogado”⁶¹.

Mediante el principio de la reparación integral:

“La jurisprudencia nacional ha articulado los postulados resarcitorios del orden nacional con los criterios contenidos en la jurisprudencia de tribunales internacionales, concretamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de tal forma que se han abierto camino, entre otras, las medidas de tipo satisfactorio,

⁶⁰ GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado, Temis, Bogotá, 2011. P 122.

⁶¹ Ibídem. P 123.

las garantías de no repetición y, en general, de justicia restaurativa y conmemorativa, todas encaminadas al restablecimiento del núcleo de los derechos que se ven afectados con la producción del daño...”⁶²

El principio indemnizatorio consistía en una reparación de índole económica que dejaba por fuera los derechos humanos. A diferencia del principio de reparación integral que va mas allá de satisfacer el perjuicio netamente pecuniario y tiene en cuenta el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que las medidas sean favorables con las necesidades de las víctimas, proporcionales con el daño, en conclusión que estén acorde con los derechos de verdad, justicia y reparación.

1.5.3.3 El principio de la reparación integral en la ley de víctimas

El 10 de junio fue aprobada la Ley 1448 de 2011 por la cual se crea la ley de protección de víctimas y de restitución de tierras, frente a los delitos ocasionados por desmovilizados de grupos al margen de la ley, se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Queda claro que, aunque reconoce la calidad de víctima y los derechos de ésta a la verdad, justicia y reparación, el Estado no compromete su responsabilidad a través del reconocimiento de algún tipo de régimen de responsabilidad del Estado o sus agentes por daño antijurídico con base en el artículo 90 de la Constitución. Tampoco se entenderá la reparación económica y subsidiaria del Estado ante la víctima por insolvencia del victimario.

La ley de víctimas otorga por el Estado las medidas de atención, asistencia, indemnización por vía administrativa y por vía de reparación judicial, lo que permitiría a la víctima una reparación integral y el posible restablecimiento de sus

⁶² Ibídem. P 124.

derechos, sin que por el hecho de la víctima ser indemnizada por vía administrativa la excluya de acudir a una instancia judicial.

La ley establece que si bien la víctima puede acudir tanto a la vía administrativa como judicial nadie podrá recibir doble reparación del Estado por el mismo concepto, por lo cual, la liquidación total recibida a título de indemnización de perjuicios por el medio administrativo se le descontará de la suma a recibir por medio de un proceso judicial.

La exposición de motivos de la ley de víctimas contempla que debido a la demora en los fallos por vía judicial, se implementa por decreto 1290 de 2008 la reparación individual por vía administrativa, cuyo trámite de reglamentación, procedimiento, mecanismos, montos y demás lineamientos, deberá señalarse por el Gobierno Nacional.

Se anota, que la reparación como derecho de la víctima por el Estado es una indemnización de forma subsidiaria, lo que significa que el Estado la reconoce ante la insolvencia o falta de bienes del victimario, luego en este aspecto podría verse afectada la reparación integral de la víctima, pues no es claro si sería dable para la víctima una reparación individual administrativa por el Estado.

En cuanto a la ley de víctimas, si la víctima acepta una indemnización por parte del victimario y por ello renuncia a una eventual demanda de reparación en contra del Estado claramente se podría deducir que se atentaría contra la reparación integral como principio de la ley, pero la ley en ningún momento prohíbe que la víctima o demandante pueda aceptar tanto una reparación pecuniaria por parte del demandado o victimario así como interponer una acción contra el Estado, luego se entendería como permitido, sin atentarse contra la reparación integral y, en caso dado, que el proceso administrativo fuera fallado a favor de la víctima, en la liquidación de perjuicios se le restaría previamente lo recibido a modo de indemnización por el victimario.

1.5.4 LA AMNISTÍA E INDULTO: FACULTAD EXCLUSIVA E INDELEGABLE Y BENEFICIO EXCEPCIONAL EN MATERIA PENAL.

Se demanda la Ley 975 de 2005 por inconstitucional⁶³ al considerar que incumple los requisitos establecidos en la Carta Política para otorgar indultos y amnistías. Por no ser ésta una ley de carácter ordinaria (votación secreta y mayoría calificada) demanda un trámite especial. Por razones de conveniencia pública y pacífica, de forma excepcional, la Constitución, en su artículo 150, numeral 17 y la Ley 5 de 1992, art. 131, literal c, señala la eventualidad de conceder por parte del Congreso de la República mediante ley amnistías o indultos generales para delitos políticos. Entre los que se mencionan la rebelión, la sedición y la asonada.

ARTÍCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar.

La amnistía como el indulto son figuras jurídicas que, si bien se conceden por delitos políticos y por medio de ley de la República, difieren la una de la otra⁶⁴.

INDULTO	AMNISTIA
----------------	-----------------

⁶³ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 370 del 18 de mayo de 2006, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinoza.

⁶⁴ Ver artículo 78 del Código Penal Colombiano.

Extingue sólo la pena pero no las consecuencias civiles	Extingue la acción penal y la pena pero la extinción de la acción civil queda supeditada a la decisión del legislador
Se exime la pena mas no olvida el delito	El Estado olvida el delito
La extinción de la acción penal, fallada la sentencia condenatorias o no, es competencia del ejecutivo (art. 201 C. N.) El Gobierno Nacional concede la acción a los infractores que hayan sido condenados en materia penal mediante una sentencia que se encuentra ejecutoriada ⁶⁵ .	La aplicación de la extinción de la acción penal es competencia de los jueces
Esta institución no exime al convicto del proceso penal, pero, si existiere fallo condenatorio , éste no podrá ejecutarse	Esta institución frena el proceso ya iniciado y sin finalizar con sentencia, en el caso de existir sentencia condenatoria se excepciona la cosa juzgada y cesa la ejecución de la pena (conocida como amnistía impropia)

Respecto al cargo impuesto en la demanda, sobre una posible amnistía, la Corte manifiesta que no prospera declarándola constitucional, debido a que la Ley 975 de 2005 no otorga esta figura frente a miembros de grupos armados que decidan acogerse a ella: “en ella no se dispone la extinción de la acción penal en relación con los delitos que puedan ser imputados... el Estado no se olvida de las acciones delictuosas”.⁶⁶

⁶⁵ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Expediente No 1086 de 1 de abril de 1998, Consejero Ponente Cesar Hoyos Salazar.

⁶⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 370 del 18 de mayo de 2006, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinoza.

En lo que atañe al indulto, a juicio de la Corte, en la Ley 975 de 2005, el cargo no prospera ya que su normatividad no puede catalogarse como tal, en el entendido que la pena impuesta por sentencia ejecutoriada en el proceso contra los miembros de grupos armados ilegales no se extingue, esta se impone pero con una reducción de la libertad temporal, sin que desaparezca. Luego el meollo del asunto recae en el tratamiento jurídico penal especial que se le da al imputado beneficiario de ésta ley.

“Si bien es verdad que se le hace objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en el Código Penal -si se cumplen por el infractor unos requisitos determinados en relación con las víctimas y por la colaboración con la administración de justicia-, lo cierto es que, aun así, no desaparece la pena”.⁶⁷

La Corte no acepta la consolidación de una amnistía o indulto velado en la ley objeto de estudio. En la noción de alternatividad penal (art. 3), en la medida que el juez en la sentencia condenatoria motiva el fallo, resuelve conforme los delitos demostrados según el proceso penal ordinario, aunque posteriormente la pena se disminuya con los beneficios adquiridos al acogerse a la ley de justicia y paz.

Como instrumentos jurídicos ha sido considerado por la Corte Suprema⁶⁸ la amnistía como el indulto, mediante las cuales, por razones de conveniencia política, el Estado suspende o renuncia a la iniciación o a la ejecución de la acción penal por imponer o ya impuestas. Cuestión diferente es la reparación de perjuicios patrimoniales y sociales. De acuerdo a la Constitución Nacional, es al Congreso, como órgano legislativo, a quien le corresponde conceder amnistías o indultos con tres condiciones⁶⁹:

1. Se requiere graves motivos de conveniencia pública.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 9139 del 13 de mayo de 1996, Magistrado Ponente Fernando E. Arboleda Ripoll.

⁶⁹ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Expediente No 1426 de 24 de julio de 2002, Consejero Ponente Augusto Trejos Jaramillo.

2. La ley debe aprobarse por dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara.
3. Solamente por delitos políticos.

Conforme a la Constitución Política, los Tratados internacionales de Derechos Humanos y de Derecho internacional Humanitario y a los criterios de razonabilidad e igualdad, el Congreso podrá extender la amnistía y el indulto a delitos conexos con los delitos políticos, debido a la amplia potestad como legislador en la configuración normativa. Postura congruente con la de la Corte Constitucional de acuerdo con la sentencia C- 695 del 2002.

La Corte Constitucional, por su parte, disiente de la posición del Consejo de Estado en relación con la concesión del indulto por parte del Gobierno, estima que va en contra de la Constitución; en ella se contempla expresamente la facultad al Congreso como exclusiva e indelegable. Si la Carta Magna exige como requisitos una mayoría especial en la votación por parte de los congresistas de ambas cámaras, es por la gran trascendencia que tiene la decisión de tomar esa medida política, por lo que no podría recaer sola en la decisión del Presidente de la República.⁷⁰

En sentencia del 2002, la Corte Constitucional acepta la concesión del indulto en cabeza del Gobierno Nacional pero ejerciéndose “con arreglo a la ley” y en forma excepcional.⁷¹

El decreto 4619 de 2010, reglamenta el art 50 de la ley 418, prorrogada, modificada y adicionada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006, como facultad del Gobierno Nacional que le permite la concesión de indulto por delitos políticos o conexos, examinando en cada caso, el beneficio de indulto a los

⁷⁰ COLOMBIA, Corte Constitucional, C- 174 de 1994 del 13 de abril de 1994, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz; Ver COLOMBIA, Corte Constitucional, C- 456 de 1997 del 23 de septiembre de 1997, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz

⁷¹ COLOMBIA, Corte Constitucional, C- 695 de 2002 del 28 de agosto de 2002, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño

nacionales de un grupo al margen de la ley condenados por delitos políticos mediante sentencia ejecutoriada. Excluyendo actos atroces de ferocidad, barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio u homicidio.

En la ley 1424 de 2010, se consagran disposiciones de justicia transicional que garanticen la verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos, como el indulto, cuando incurra en delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a dichos grupos, así como también, promover la reintegración de los mismos a la sociedad.

La ley confiere beneficios de justicia transicional para desmovilizados, como la suspensión de la ejecución de la pena o la reducción al máximo de la pena a cumplir, impartiendo obligaciones a quien se acoja.

1.6. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y SUS IMPLICACIONES EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

El Consejo de Estado⁷² ha definido la inmunidad de jurisdicción como una garantía otorgada a los funcionarios del servicio exterior: cónsules; funcionarios; empleados consulares y agentes diplomáticos, mediante la cual, permite desempeñar funciones diplomáticas o consulares en representación de los Estados sin que estos estén sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y

⁷² COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 1286, del 21 de septiembre de 2000 consejero ponente Augusto Trejos Jaramillo.

administrativas del Estado receptor, tampoco pueden ser citados como testigos bajo pena de sanción. Debiendo respetar el cumplimiento de las leyes y reglamentos del Estado receptor.

De acuerdo con la sentencia C- 863 de 2004, La Corte Constitucional adujo, tal como lo establece el convenio sobre la Seguridad Personal de las Naciones Unidas y el personal asociado del 9 de diciembre de 1994, la ejecución de las operaciones de restablecimiento y mantenimiento de la paz y seguridad internacional, por el personal asociado y por el personal de Naciones Unidas, no lo exonera de cumplir las leyes y reglamentos de los Estados parte por donde transite. Con el objeto de garantizar el respeto a la soberanía nacional y asegurar la protección de las personas y bienes en el territorio colombiano, aun cuando este personal cuenta con inmunidades, estas no pueden equipararse con la impunidad con relación a posibles delitos cometidos. Los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación deben ser garantizados, por lo que cabe la indemnización de los perjuicios a cargo del Estado.

La inmunidad de jurisdicción nace como una excepción al principio de territorialidad de la ley, razón por la cual el personal diplomático que se encuentre en un territorio extranjero acreditado tendrá una abstención (*non facere*), que lo eximirá del sometimiento ante la jurisdicción local del Estado receptor, impidiendo que sus autoridades judiciales, administrativas, policiales o militares actúen, a no ser que el Estado acreditante expresamente renuncie a la inmunidad. La inviolabilidad consiste en una acción (*facere*) del Estado receptor frente a las personas y los bienes que gozan de privilegios diplomáticos acreditados en un Estado extranjero contra posibles hechos ilícitos⁷³.

⁷³ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 1244 del 9 de febrero de 2000 Magistrado Ponente Augusto Trejos Jaramillo.

La teoría de la extraterritorialidad⁷⁴ fue acogida como los primeros fundamentos jurídicos de la inmunidad de jurisdicción, como una ficción jurídica, mediante la cual los órganos diplomáticos, si bien físicamente están presentes en el Estado receptor, ante la jurisdicción de dicho Estado extranjero se encuentran fuera del territorio. Actualmente, impera, en el derecho internacional, la teoría del interés de la función y la reciprocidad o teoría funcional que consiste en establecer la inmunidad de jurisdicción bajo el cumplimiento y respeto de atributos de soberanía, independencia, igualdad y reciprocidad entre cada uno de los Estados. Lo anterior, con el objetivo de llevarse a cabo los fines del derecho internacional sin menoscabar los intereses de una comunidad, libre de interferencias en el cumplimiento de sus deberes⁷⁵.

La Corte Constitucional⁷⁶, en su jurisprudencia, ha señalado la inmunidad hacia los funcionarios diplomáticos o de derecho internacional como restringida o limitada, teoría vigente en el derecho consuetudinario internacional. De tal forma, que los actos de carácter soberano (*acta iure imperii*) tendrán inmunidad de jurisdicción, mientras que los actos de gestión (*acta iure gestionis*) pueden someterse a la jurisdicción extranjera⁷⁷. Dichas prerrogativas en un Estado constitucional deben responder a la defensa de los principios de independencia, soberanía e igualdad y reciprocidad entre los Estados, criterio adoptado por la Corte Suprema en sentencia de 1993. Por lo que, el Estado no debe otorgar plena inmunidad a todo agente de un gobierno extranjero que implique sacrificar las atribuciones de un estado libre y soberano. La Corte Suprema de Justicia⁷⁸ ha señalado, conforme al artículo 90 de la Constitución, que el Estado colombiano deberá responder patrimonialmente por los

⁷⁴ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 34460 del 26 de marzo de 2009, Magistrado Ponente Myriam Guerrero de Esco.

⁷⁵ Palláres Bossa, Jorge, *op. Cit.*, p. 419.

⁷⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 137 del 9 de abril de 1996, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁷ Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, Universidad Nacional Autónoma de México, Fundación Konrad Adenauer, México, 2005, p. 278.

⁷⁸ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Expediente No 4103 del 5 de octubre de 1992, Magistrado Ponente Pedro Lafont Pianetta.
Corte Constitucional, Sentencia C- 137 del 9 de abril de 1996, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

daños antijurídicos ocasionados a las personas por el hecho de conceder la inmunidad de jurisdicción aun cuando ésta se justifique internacionalmente.

Para establecer el tipo de teoría a aplicar, se debe examinar la clase de acto realizado por el órgano o el sujeto internacional. Estos son actos de imperium, funcionalmente (*iure imperii*, de soberanía, o de poder público, u oficiales) o actos de gestión (*iure gestionis*, o de naturaleza privada, una actividad en la que personas privadas o entidades pueden comprometerse)⁷⁹. Los actos revestidos de imperium son los realizados en función del poder público y, los actos de gestión son aquellos actos diversos a su función propia en el ámbito internacional, actos ejecutados en la misma jerarquía de los actos de los particulares. Criterios de difícil distinción, por la naturaleza misma de los actos que puede ser compleja y el poder de elección por parte de la jurisdicción del Estado receptor para la calificación de la actuación⁸⁰. Entonces, si el personal diplomático realiza actos de imperium habrá una inmunidad absoluta para el Estado receptor. Por otro lado, los actos de gestión pueden generar una inmunidad relativa.

El Consejo de Estado, al igual que la Corte Constitucional, acoge el criterio objetivo finalista, sobre la interpretación de las cláusulas de inmunidad jurisdiccional, de tal manera que la prerrogativa de inmunidad de jurisdicción, que concede un Estado receptor en el ámbito internacional a favor de órganos internacionales, no significa que ésta sea de carácter absoluta. De ahí que esta figura se entienda bajo la finalidad de permitir que el organismo internacional desarrolle las funciones correspondientes al derecho internacional libre de obstáculos externos, bajo los atributos de la autonomía e independencia. Evitando así, la vulneración de los derechos fundamentales de los habitantes del territorio colombiano, lo que generaría un rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, como es el caso de la sentencia del 25 de agosto de 1998 del consejero

⁷⁹ Mariño Méndez, Fernando, *op. Cit.*, p. 129

⁸⁰ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 34460 del 26 de marzo de 2009, Magistrado Ponente Myriam Guerrero de Escobar.

de Estado Jesús María Carrillo Ballesteros, “ya que, de hecho, la simple concesión de las inmunidades implica la cesión de éstos en alguna proporción”.

La Corte Suprema de Justicia⁸¹, para la época de 1987, aplicaba la tesis de la inmunidad absoluta frente a toda especie de litigios entre particulares, sean mercantiles, laborales o civiles. En el siglo XX, la tesis de la inmunidad de los Estados empieza a morigerarse, es así como, en pleno siglo XXI, la jurisprudencia del año 2007 ha adoptado el criterio objetivo finalista, dando paso a la teoría de la inmunidad relativa, en asuntos de carácter laboral.

De lo anterior, se puede inferir que, hacia futuro, podría incurrirse en un desequilibrio de las cargas públicas. Si bien el particular está facultado para demandar al Estado en reparación directa, choca y vulneran los derechos reconocidos constitucionalmente, debido a la inmunidad de jurisdicción que se les concede a los agentes diplomáticos frente a los jueces locales dentro del territorio colombiano.

El Tribunal Constitucional Español reconoce que, aunque el límite de inmunidad de jurisdicción en materia civil es legítimo, la Convención de Viena de 1961, en su artículo 31.1, impide el acceso a la jurisdicción al titular de un interés legítimo consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, el cual reconoce el derecho a una tutela judicial efectiva, donde el principal aspecto es el acceso a la jurisdicción. La inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero será conforme a la Constitución española si cumple con los principios de razonabilidad y proporcionalidad respecto a los fines señalados.⁸²

En un fallo del tribunal Constitucional español, en un caso donde la actora planteó una acción cuyo fundamento es la resolución del contrato de arrendamiento de un

⁸¹ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Radicación 32096 de Auto de fecha 13 de diciembre de 2007. Radicación 32096. Magistrado Ponente, Camilo Tarquino Gallego.

⁸² Mariño Méndez, Fernando, *op. Cit.*, p. 136.

piso para vivienda por falta de pago, contrato celebrado en febrero de 1988, a G. Deodato, consejero diplomático de la Embajada italiana en Madrid como un agente diplomático extranjero, la arrendadora, conforme la Convención de Viena de 1961, tiene la capacidad de colocar en conocimiento del Ministerio de Asuntos Exteriores el incumplimiento del pago de la renta pactada por concepto del alquiler del piso. Éste ministerio solicitara al Estado acreditante para que constriña al agente diplomático a cancelar el pago de la renta o por el contrario que renuncie a la inmunidad de jurisdicción civil.⁸³

El Tribunal Español salva la constitucionalidad del artículo 31 CV 1961, aclarando que la arrendadora puede reclamar la satisfacción de su interés legítimo a través de las siguientes vías: primero, solicitar la declaración de persona non grata respecto el agente diplomático extranjero y subsidiariamente, reclamar una indemnización por actividades de la Administración. Sin embargo, esta prerrogativa tiene un carácter discrecional y restringida por el Ministerio de relaciones exteriores del Estado receptor, en última instancia, demandar la responsabilidad del Estado español al denegársele el acceso a la justicia, considerada como una vía adecuada y, por último, acudir a los tribunales italianos siendo la opción más compleja por el costo que genera al interesado.⁸⁴

En sentencia No IJ-001 11044 de 25 de agosto de 1998⁸⁵, el Consejo de Estado sienta las bases de la responsabilidad patrimonial del Estado por creación de inmunidades diplomáticas como se muestra a continuación:

La señora Vitelvina Rojas Robles, en calidad de esposa y en representación de sus hijos menores Grace Kelly Cuervo Rojas y Cesar Augusto Cuervo Rojas,

⁸³Esposito Massicci Carlos D. y Garcimartin Alférez Francisco J. "El Artículo 24 de la Constitución y la Inmunidad Civil de los Agentes Diplomáticos Extranjeros (A propósito de la STC 140/1995)". En Revista Española de Derecho Constitucional, número 47, Año 16, Madrid, Mayo- Agosto de 1996. Págs. 257, 260 y 261.

⁸⁴Esposito Massicci Carlos D. y Garcimartin Alférez Francisco J, op. Cit., ps. 283.

⁸⁵ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente No IJ-001 11044 de 25 de agosto de 1998, consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.

interpone demanda ante la jurisdicción administrativa como consecuencia de la muerte del señor JULIO CUERVO PINEDA, ocurrida en la ciudad de Bogotá el 10 de octubre de 1991. En su petición solicita declarar a la Nación Colombiana-Ministerio de Gobierno y Relaciones Exteriores responsable administrativamente por los perjuicios ocasionados. Segundo, condénese a la Nación Colombiana-Ministerios de Gobierno y Relaciones Exteriores, a pagar por concepto de indemnización de perjuicios morales subjetivos y perjuicios materiales.

Mediante la acción de reparación directa (art. 86 C.C.A.) demandan patrimonialmente a la Nación, por las consecuencias de la aplicación de la inmunidad jurisdiccional que otorga la ley 6ª de 1972, por medio de la cual aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Razón por la que, a la señora Vitelvina Rojas se les impide accionar ante la jurisdicción penal contra la embajada de USA, como efecto de la muerte de su esposo y padre. “La Embajada de los Estados Unidos se encuentra protegida por la inmunidad que consagra la Convención de Viena, incorporada a nuestra legislación por la ley 6 de 1.972”.

Hechos:

El día 10 de octubre de 1.991 a las 9: 30 p.m., en la calle 114 A con Autopista Norte de la ciudad de Bogotá, fue arrollado el ciudadano Cesar Julio Cuervo Pineda por el automotor de placa diplomática CD-0744 de propiedad de la Embajada de los Estados Unidos, vehículo que iba conducido por el Coronel del Ejército de ese país, Edmundo Scott Cowan. El fallecido Cuervo Pineda, a la fecha del accidente, tenía 46 años, se desempeñaba laboralmente con el Icel y la Secretaría de Educación del Distrito, y los fines de semana desarrollaba labores agrícolas en el municipio de Ciénaga (Boyacá).

Fallo primera instancia

El 9 de febrero de 1995, el Tribunal en su fallo halló responsable al Estado Colombiano como consecuencia de la ley 6ª de 1972, por medio de la cual se aprobó la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, esto genero la

inmunidad jurisdiccional de los agentes diplomáticos, como es el caso de EDMUNDO SCOTT COWAN, agente diplomático de la misión norteamericana, quien cometiendo el accidente de tránsito que ocasionó la muerte al señor Cesar Julio, no pudiera ser juzgado por los jueces colombianos para determinar su responsabilidad, ni la embajada responder extracontractualmente por los daños como propietaria del vehículo.

Es de aclarar que el objetivo de la expedición de la ley 6ª de 1972 es ratificar la Convención de Viena que regula las relaciones diplomáticas entre los Estados que la suscribieron, estableciendo la inmunidad de jurisdicción para los miembros de las misiones diplomáticas. Luego el hecho mismo de la ley no es el generador del accidente de tránsito que acarreo el perjuicio. “Para que se presente la responsabilidad por el acto legislativo es necesario que éste sea violatorio de mandatos constitucionales que otorguen específicos derechos a las personas que se sienten lesionadas por su expedición”.⁸⁶

La ley 6ª de 1972, al regular las relaciones diplomáticas entre los Estados, trata el tema de la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos acreditados en el Estado receptor, y es éste acápite el que impide que la conducta del agente sea sometida a la decisión de nuestros jueces, vulnerando al demandante el artículo 229 y 13 de la Constitución, de acceso a la administración de justicia y de igualdad ante la ley. Lo que implica al Estado asumir ante el afectado, el resarcimiento del daño, al no poderlo obtener por medio de los procedimientos normales como la Corte Suprema de Justicia en sus salas de Casación Civil y Penal.

Las partes en desacuerdo con el fallo de primera instancia interponen recurso de apelación:

⁸⁶ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente No IJ-001 11044 de 25 de agosto de 1998, consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.

Los demandantes, respecto los perjuicios materiales en las utilidades derivadas de la explotación del predio rural ubicado en Ciénaga (Boyacá).

Los demandados, en la desestimación de la demanda, por razones de inmunidad diplomática, no es discrecional ni está sujeto a limitaciones, hace parte de las relaciones interestatales, anotan: “de hacer carrera la tesis que sustenta el fallo impugnado, el Estado Colombiano será responsable ante los particulares por la sola existencia de normas de derecho internacional general.”⁸⁷

El Estado está siendo condenado por hechos ajenos, “el respeto de las inmunidades diplomáticas es imperativo del Derecho Internacional, que dichas inmunidades no implican impunidad; y en el caso concreto, que no existe en el expediente mención alguna o demostración de la culpabilidad del agente diplomático y que está comprobado que la Embajada de los Estados Unidos toma una póliza de cobertura para amparar la responsabilidad civil de sus agentes”.⁸⁸

En **consideraciones del Consejo de Estado**, con relación al Tribunal, se precisa:

1. La responsabilidad estatal por el acto legislativo se puede generar independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta de la administración, lo que se ocasiona es la antijuridicidad del daño.
2. Sobre la "imposibilidad de obtener justicia a través de sus jueces naturales" debe entenderse en la imposibilidad de demandar directamente ante la justicia ordinaria, lo cual no obsta para que a través de la jurisdicción administrativa la familia del occiso tenga acceso a la administración de justicia, fundamentado en el desequilibrio de las cargas públicas ante la ley.
3. Si hubiera proceso ordinario, el demandado era Edmund Scott y el daño, la muerte de Cesar Julio Cuervo. En el proceso administrativo, el demandando es el Estado Colombiano y el fundamento es el desequilibrio de las cargas

⁸⁷ Ibíd.

⁸⁸ Ibíd.

públicas ante la ley. La muerte de Cuervo se valora para el cálculo de la indemnización a que haya lugar.

Como **pruebas** se tienen:

1. Copia auténtica del croquis del accidente de tránsito fechada el día 10 de octubre de 1991, mediante la cual se registró que en la autopista norte a la altura de la calle 114ª No. 33 fue arrollado el señor Cesar Julio Cuervo Pineda con un vehículo de propiedad de la Embajada Norte Americana conducido por el señor Edmund Scott Cowar.

2. Acta de levantamiento fechada el 11 de octubre de 1991, distinguida con el No. 1297.

Aunque el daño se cataloga como el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, con el informe del accidente de tránsito y el acta de levantamiento, se probó el hecho trágico del accidente causante de la muerte del señor Cesar Julio, fundamental en materia de la indemnización del perjuicio.

3. El informe del accidente de tránsito fechado el 11 de octubre de 1991 suscrito por el agente Norbeiro Caicedo Parra y dirigido al Juez Quinto de Instrucción Criminal Permanente de esta ciudad. Dicho informe legitima la calidad del agente dañado.

4. Constancia del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, suscrita por el Director General de Protocolo, doctor Jaime Acevedo Sánchez, en la cual se indica que el propietario del automotor distinguido con las placas CD 0744 es la Embajada Norte Americana, así mismo se describe en dicho documento las características del automotor.

5. La providencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal de abril 8 de 1992, en cuyo pronunciamiento se abstuvo la alta Corporación de avocar el conocimiento y trámite de la investigación penal seguida contra el teniente Edmund Scott Cowan por considerar que:

"El teniente Coronel Edmund Scott Cowan tiene rango diplomático y como tal gozan de los privilegios e inmunidades concedidos a esta clase de personal".

6. El pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en auto de 8 de marzo de 1993, mediante la cual confirmó, en súplica ordinaria, el auto de 16 de febrero de 1992 en virtud de la cual se rechazó la demanda por falta de jurisdicción.

El Consejo pasa a explicar la Convención de Viena como tratado internacional suscrito por el Estado colombiano e incorporado internamente por la ley 6ª de 1972, y su reglamentación en el tema de la inmunidad jurisdiccional de los agentes diplomáticos.

La responsabilidad en las relaciones internacionales y, por ende, en la negociación de los tratados, recae en las tres ramas del poder público. El ejecutivo, encabezado por el Presidente de la República a quien corresponde la dirección de las relaciones internacionales y por ende la negociación de los tratados; el legislativo, que incorpora los tratados internacionales como texto de derecho interno mediante leyes y el judicial, representado por la Corte Constitucional mediante el control automático que ejerce sobre dichas leyes. La jurisdicción contencioso administrativa por su parte, puede conocer de las consecuencias de la adopción de una ley en cumplimiento de compromisos internacionales (artículo 82 del C.C.A).

La Nación Colombiana, en aras de las relaciones internacionales con otros Estados, con la negociación y la firma del Convenio de Viena y la incorporación al derecho interno, acepta la inmunidad de jurisdicción del personal diplomático en ejercicio de sus funciones del Estado acreditante. Pero, en casos como el acontecido, las prerrogativas de inmunidad que recaen en el teniente Coronel Edmund Scott Cowan de nacionalidad americana, prohíben a los demandantes interponer la acción ante la jurisdicción penal por el homicidio del señor Cesar como autor material del daño y la acción civil por responsabilidad extracontractual del vehículo, procedimiento que de no existir inmunidad sería el indicado, entonces

es al Estado a quien le compete las consecuencias patrimoniales (art. 90 C.N.) derivadas del cumplimiento de sus obligaciones diplomáticas frente al demandante⁸⁹.

La sala Plena estima, que el Estado, comprendiendo a las tres ramas del poder público, es responsable patrimonialmente conforme al régimen de responsabilidad por daño especial, aplicable “cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño” como lo es la ley 6ª de 1972. Y el título de imputación jurídica, sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, originando un daño antijurídico que el administrado individualmente no debe soportar en base al principio de la igualdad ante la ley.

Se observa la limitación del derecho de acceso a la justicia en doble medida, la primera, por la inmunidad de jurisdicción contemplada en el tratado de Viena aprobado internamente mediante ley de la república por la cual no es posible demandar en Colombia en la jurisdicción ordinaria, y la segunda, debido a que al remitir la Convención de Viena la demanda ante el Estado acreditante, se desequilibran las cargas públicas que en igualdad de condiciones el ciudadano debe soportar.

Finalmente, el Consejo de Estado **falla** condenando a la Nación- Ministerios de Gobierno y Relaciones Exteriores a pagar por concepto de perjuicios morales y materiales a la señora Vitelvina Rojas y sus dos hijos menores.⁹⁰

En **aclaración de voto**, el Consejero Carlos Arturo Orejuela expone que el Estado al reconocer el privilegio de inmunidad diplomática, asume la responsabilidad

⁸⁹ Reitera lo expuesto en sentencia de 8 de septiembre de 1198 expediente IJ - 002

“No obstante, se precisa que el papel del legislador formó parte del proceso de adopción de los principios y normas internacionales contenidos en el tratado, pero su actividad no fue la que produjo el daño. Por virtud de la participación del ejecutivo, legislativo y del poder judicial colombiano, se privó a la víctima de la posibilidad de demandar directamente al dañador material para pretender la indemnización del daño y por ello debe responder patrimonialmente el Estado colombiano”.

⁹⁰ Ver fallo del Consejo de Estado, Expediente No IJ-001 11044 de 25 de agosto de 1998, en su parte resolutive.

derivada de estas obligaciones como si fueran ejecutadas por un agente público. Por tal razón, es viable que el afectado acuda a la jurisdicción contenciosa administrativa, sin que se le restrinja el acceso a la justicia.

El Consejero Manuel Urueta aduce: la aplicación de un tratado internacional en el derecho interno no impide el acceso a la justicia de los ciudadanos colombianos, “por cuanto el derecho internacional prevé procedimientos que le permiten al interesado buscar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por dichos agentes”⁹¹. No puede entonces, alegarse como fundamento en la responsabilidad del Estado.

El Consejero Juan de Dios Montes, por su parte, afirma que la fuente de la responsabilidad estatal por las actuaciones de los agentes diplomáticos extranjeros que gozan de inmunidad reside en la condición de garante que adquiere el Estado al conferir privilegios jurídicos, mas no, en la ley que aprobó el tratado o en las ramas del poder público que intervengan.

En **España**, la dictadura Franquista se⁹³ impuso durante el año de 1939 y desde finales de la guerra civil española por el general Francisco Franco como caudillo de la jefatura del Estado hasta 1975.

La dictadura se fundamentó⁹⁴ en el nacionalismo español, el catolicismo y el anticomunismo y se caracterizó por la carencia de Constitución, la inexistencia de partidos políticos, la concentración de las ramas del poder en el dictador, restricción a la libertad de asociación y de reunión, prohibición de la información por medios de comunicación, manejo absoluto del orden público por las fuerzas armadas y la subordinación de sindicatos al gobierno.

⁹¹ *Ibíd.*

⁹³ Germán Arciniegas y otros, *Diccionario Enciclopédico Ilustrado*, Barcelona, Norma, 1994, Tomo 3, p. 973.

⁹⁴ Dictadura de Francisco franco. De Wikipedia, la enciclopedia libre (consultado 5 jul. 2011), es.wikipedia.org/wiki/Dictadura_de_Francisco_Franco.

El ex dictador Francisco Franco expide el decreto- Ley 10 de 1969, en él se prescribían todos aquellos delitos cometidos con anterioridad al 1 de abril de 1939, lo que la convirtió en una ley de amnistía, que atentaba contra los derechos humanos por los crímenes cometidos durante la dictadura Franquista.

El 31 de octubre de 2007, el Congreso de diputados de España crea la ley de Memoria Histórica,⁹⁵ por imposición de la comisión permanente de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa del 17 de marzo de 2007 en condena internacional. A través de ésta ley, se reconoce a las víctimas del régimen Franquista medidas y derechos como retribución a las violaciones de los derechos humanos, pero no se hace la identificación y exhumación de los restos humanos encontrados en fosas comunes, negando a la víctima su derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. Lo que la convierte en una ley de amnistía, que atenta contra los derechos humanos por los crímenes cometidos durante la dictadura Franquista.

Como medidas compensadoras a las graves violaciones de derechos humanos, en el régimen franquista se dictan decretos y leyes entre el año de 1976 a 1990 en materia de pensiones a favor de españoles mutilados en las batallas de la guerra civil y el régimen, pensiones a favor de viudas y familiares, e indemnizaciones a quienes sufrieron prisión injustamente.

Finalmente, en la Ley de Memoria Histórica se contempla el carácter injusto de las condenas, sanciones y violencia personal dictadas en los tribunales franquistas en el transcurso de la guerra civil y la dictadura, por lo que se permite la revisión de juicios, ayudas económicas, indemnizaciones a los represaliados del franquismo y sus familias, y víctimas de fallecidos como consecuencia del régimen y la guerra civil. Se permite la apertura, identificación y exhumación de las víctimas caídas en el régimen que se encuentren en fosas comunes y, por último, se ordena la

⁹⁵ Ley de Memoria Histórica de España. De Wikipedia, la enciclopedia libre (consultado 5 jul. 2011), es.wikipedia.org/.../Ley_de_Memoria_Histórica_de_España.

eliminación de cualquier clase de símbolos que representen o conmemoren el franquismo o la guerra civil.

En **Chile**, el decreto Ley 2191, más conocido como la ley de amnistía, limitaba que las conductas ilícitas realizadas en la dictadura fueran investigadas por la justicia, exonerándolas de la responsabilidad penal. Dicha ley es catalogada como un auto amnistía pues su creador -la dictadura militar- estableció la ley en favorecimiento de su propio régimen militar y de sus intereses, como una ley de auto perdón más no por factores políticos ni sociales.

El pueblo chileno ha rechazado la Ley de punto final Decreto- Ley 2.191 de 1978, expedida por el ex dictador Augusto Pinochet, por ser un auto amnistía de los crímenes de homicidios y secuestros debido a que no establece la verdad y la justicia sobre los crímenes de lesa humanidad sucedidos a las víctimas. Por el contrario evidencia la impunidad penal en los hechos acontecidos; detenidos, desaparecidos y ejecutados políticos en el período 1973 – 1990 por agentes del Estado⁹⁷.

El artículo 1° del Decreto- Ley 2191 de 1978 sobre amnistía por tratarse de un precepto contrario a la Constitución política, vulnera los artículos 5° (Supremacía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos), 19 N°1 (Derecho a la vida), 19 N°2 (Igualdad ante la Ley), 19 N°7 (Libertad personal), 19 N°23 y 24 (Derecho de Propiedad).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 15 de octubre de 1996, estableció que el acto dictado en 1978 Decreto- Ley 2191 sobre auto amnistía es incompatible con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Estado chileno el 21 de agosto de 1990. Vulnera el derecho a la justicia y la declaración de responsabilidades, sanciones y la reparación judicial

⁹⁷ ISUNZA BASCUÑAN, Alfonso. La Amnistía de 1978 y los Tratados Internacionales. En Memoria y Justicia. (en línea) (consultado 5 jul. 2011). Disponible en www.memoriayjusticia.cl/espanol/sp_temas_amn78.html

correspondiente a sus víctimas.

"Que la sentencia de la Corte Suprema de Chile, dictada el 28 de Agosto de 1990 que declara constitucional y de aplicación obligatoria por el Poder Judicial el citado Decreto Ley 2.191, cuando ya había entrado en vigor para Chile la Convención Americana sobre Derechos Humanos, viola lo dispuesto en los artículos 1.1 y 2 de la misma (derecho a la justicia)." "Entre los acuerdos, la comisión declaró recomendar al Estado de Chile, adecuar su legislación interna a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de modo que las violaciones de derechos humanos del Gobierno Militar de facto puedan ser investigados, a fin de que se individualice a los culpables, se establezcan sus responsabilidades y sean efectivamente sancionados, garantizando a las víctimas y a sus familiares el derecho a la justicia que les asiste."⁹⁸

"Con fecha 23 de Agosto de 1996, la sala penal de la Corte Suprema confirmó el sobreseimiento definitivo por aplicación del Decreto — Ley de Amnistía 2.191 en la causa sobre el asesinato del funcionario de CEPAL don Carmelo Soria Espinoza, perpetrado en Julio de 1976 por agentes de la DINA."⁹⁹

En **Argentina**, se promulgo el 24 de diciembre de 1986 la Ley 23.492 de Punto Final, bajo la presidencia de Raúl Alfonsín, que otorgaba inmunidad judicial contra autores responsables por delitos penales contra los derechos humanos de las personas, originados en la dictadura militar entre los años de 1976- 1983 o proceso de reorganización nacional.

"Se extinguirá la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983".¹⁰¹

⁹⁸ Ibídem.

⁹⁹ Ibídem.

¹⁰¹ LEY 23.492 24 de diciembre de 1986. Ley de Punto Final, Argentina. En www.lanacion.com.ar/712959-texto-completo-de-la-ley-de-...

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa N° 17.768, S. 1767. XXXVIII, dispuso que las leyes de punto final y obediencia debida sean inválidas e inconstitucionales por infringir las disposiciones constitucionales e internacionales de protección de derechos humanos, en demanda presentada por los actores del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), por el secuestro, desaparición forzada y torturas de las víctimas José Poblete y Gertrudis Hlaczik, padres de Claudia, posterior a la causa judicial de las abuelas de Plaza de Mayo, contra los apropiadores de Claudia Poblete quienes la criaron ocultándole la verdad sobre su identidad.¹⁰³

“La ley de obediencia debida establece una presunción sin admitir prueba en contrario, que sólo permite investigar y sancionar penalmente a los autores del secuestro de la menor y no así por la desaparición de los padres, ocurridos en el mismo momento y por los mismos autores”¹⁰⁵.

Las leyes de Punto Final y Obediencia Debida fueron *anuladas*

La Resolución del juez Cavallo declara a las leyes de punto final y de obediencia contrarias a la Constitución y a los tratados de los derechos humanos. La resolución de la sala II de la cámara Federal confirmó la resolución anterior. La Corte Suprema aduce que con las leyes de Punto Final y Obediencia Debida se impide la obligación de sancionar o investigar las violaciones y crímenes de derechos humanos. Explica que la protección de los derechos humanos se conforma por los tratados internacionales y la costumbre internacional, esta última trae a colación los delitos de lesa humanidad cometidos por funcionarios del Estado.

¹⁰³ Argentina. Corte Suprema de la Nación, expediente S -1767, causa N° 17768, 14 de junio de 2005 (en línea) (consultado el 6 jul. 2011). En www.urbeetius.org/news7_jurisprudencia.pdf

¹⁰⁵ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida son Inconstitucionales, Síntesis del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que resuelve la inconstitucionalidad de las leyes del perdón (en línea) (consultado el 6 de jul. 2011). En www.cels.org.ar/common/documentos/sintesis_fallo_csjn_caso_poblete.pdf

La ley 25.779 anulatoria de las leyes de punto final y obediencia no interfiere en las funciones de las otras ramas del poder, el objetivo es formular una declaración del congreso sobre el tema que sirve como símbolo a los jueces.¹⁰⁶

El 4 de junio de 1987, se expidió la ley 23.521 de Obediencia Debida que consagró las conductas de los miembros de las fuerzas armadas que hayan intervenido durante la guerra sucia y el autodenominado Proceso de Reorganización Nacional no eran punibles, en virtud de órdenes acatadas por mandato de sus superiores.

Mediante el Decreto Ley 187 de 1983 del 15 de diciembre se creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), según la cual se establece la comisión de la Verdad para investigar las violaciones a los derechos humanos ocurridas entre 1976 y 1983, período de las dictaduras militares.¹⁰⁷

En **Sudáfrica** imperó el apartheid que consistió en un sistema capitalista de explotación económica de separación entre razas (Blancos, asiáticos, Mestizos o *Coloured*, Bantúes o Negros), que tuvo su auge durante la guerra fría. Régimen que funcionó institucionalmente y legalmente por 45 años desde 1948 a 1991. El apartheid como sistema de segregación racial fue implantado por colonizadores ingleses y holandeses y dirigido por la raza blanca, en donde imperaba una discriminación política, económica, social y racial.¹⁰⁸ Entre los privilegios se encontraban:

1. El derecho de voto se reservaba únicamente para los blancos.
2. Sólo los blancos podían viajar libremente por el país.
3. Era legal que un blanco ganara más que un negro por el mismo trabajo.

¹⁰⁶ Ibídem.

¹⁰⁷ El Desarrollo de las Comisiones de la Verdad, (en línea) (consultado el 5 de jul. 2011) En www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html -

¹⁰⁸ Apartheid. De Wikipedia, la enciclopedia libre (consultado 5 jul. 2011), es.wikipedia.org/.../Comisión_para_la_verdad_y_la_reconc...

4. Los negros debían vivir en zonas alejadas de los blancos.

5. Los negros debían estudiar en escuelas separadas de los blancos, y su educación debía ser limitada, etc.

Como consecuencia de fuertes cambios políticos, entre ellos la oposición por la comunidad internacional, sanciones económicas y la caída de la moneda Sudafricana, entre finales de 1980 y comienzos de 1990, sucede el proceso de liberación a Nelson Mandela colocando fin al régimen del apartheid en el año de 1990.

En Sudáfrica, posterior al régimen del Apartheid donde se cometieron violaciones de los derechos humanos realizadas tanto para defenderlo como para desafiarlo, se instaló la comisión de reconciliación social precedida por un proceso de perdón a través de la amnistía, lo que sacrifica el proceso de justicia contra los actores de los crímenes durante el régimen.¹⁰⁹

El proceso de cambio hacia la democracia se vio marcado de grandes dificultades y violencia. En la Convention for Democratic South Africa (CODESA), nace la idea de crear la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica (CVR), con un fundamento, amnistiar a los responsables de la violencia de Estado. Es así, como, hacia el año de 1993, las negociaciones propenden a la aprobación de la Constitución en la cual se consagraba la siguiente clausula: “con el fin de avanzar en la reconciliación y la reconstrucción del país, deberá otorgarse amnistía en relación con todo acto, omisión u ofensa asociada con motivos políticos y en el curso de los conflictos del pasado”. Se planteaban temas como la necesidad y voluntad de reconciliación y unión de los pueblos de Sudáfrica (conocido como el *ubuntu* de las personas), la figura de la constitucionalización de la amnistía, sin exponer mucho al respecto.

¹⁰⁹ GRANADOS, Verónica. Verdad y reconciliación en Sudáfrica. En: Verdad Sudáfrica. (en línea). (consultado 5 jul. 2011). Disponible en sepiensa.org.mx/.../verdadSudafrica/verdadSudafri_3.htm.

“Las grandes violaciones de los derechos humanos con motivos políticos serían amnistiadas a cambio de la verdad y la explicación completa y pública de tales atrocidades”¹¹⁰. Con lo cual, se dejaría en el olvido el juicio normal del *apartheid*, juzgándose solamente los hechos extremos cometidos.

La Comisión de reconciliación se creó en el año de 1994 hasta 1999 bajo el mandato de Nelson Mandela como presidente de Sudáfrica, con la finalidad de mejorar “la seguridad física, la legitimidad de las nuevas instituciones, la capacidad de crear relaciones políticas y cívicas entre diferentes grupos, el diálogo entre razas, la reducción de la confrontación histórica y la asunción del pasado”.¹¹¹ Se le concedió capacidad punitiva y autonomía. Entre sus competencias estaban: Explicar el contexto de las violaciones y dar un espacio a las víctimas para rendir su testimonio y que el perpetrador acepte su culpa para su rehabilitación, reparación y amnistías a los responsables de ofensas. Dichas competencias eran desarrolladas mediante los comités de Violación de Derechos Humanos, el de Amnistía y el de Reparaciones y Rehabilitación (éste sólo con capacidad para proponer recomendaciones).

La amnistía se concedía con los siguientes requisitos: 1. Mediante una exposición completa de los hechos por los que ésta era solicitada. 2. Debe existir proporcionalidad entre acto y objetivo. 3. Pertenencia a una organización en el conflicto. La principal condena consistía en la exposición pública de las ofensas. Por el contrario, las contrapartidas a las víctimas era inferior faltando como medida la redistribución económica.

2. DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR CREACIÓN DE INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN

¹¹⁰ FERRIOL, Sòria. Reconciliación en Sudáfrica: repaso tras diez años de la Comisión. En: Pueblos Asociación Paz con Dignidad. (en línea). No. 19 de la revista Pueblos, diciembre de 2005. (consultado 5 jul. 2011). Disponible en www.revistapueblos.org › ÁFRICA .

¹¹¹ *Ibíd.*

2.1. TIPOS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL IMPERANTES EN COLOMBIA

2.1.1 De la Falta o falla en el servicio como régimen de responsabilidad

La falla en el servicio en nuestra jurisprudencia ha venido siendo el régimen común de responsabilidad patrimonial del Estado. Se divide en falla presunta y falla probada, clasificación que recae en la carga probatoria independientemente a quien le toque probarla. Se relaciona, a su vez, con el derecho francés, dónde el problema de la responsabilidad por culpa, falta o falla del servicio no reside en el régimen sino en la prueba de la culpa, falla o falta¹¹². Para efectos del tema, haré énfasis en la falla del servicio probada, posición imperante actualmente en la jurisprudencia del Consejo de Estado.¹¹³

2.1.1.1Falla del servicio presunta

Como aquel régimen de responsabilidad que releva al demandante de probar el elemento estructural de imputación de la falla del servicio trasladándolo a la Administración, obligándose solamente a demostrar el daño y el nexo causal,¹¹⁴ considerado como una técnica probatoria que sólo exonera al actor del aporte de la prueba de la falta, sin excluir el análisis que de la misma puede realizar el juzgador.

¹¹² Quintero Navas, Gustavo, Reflexiones acerca de la responsabilidad Patrimonial de las personas públicas en el derecho colombiano y francés: ¿influencia o inspiración de un modelo jurídico?, P.9

¹¹³ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente S- 123, del 14 de febrero de 1995, Consejero Ponente Consuelo Sarria Olcos. Ver también COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente del 2 de febrero de 1995, Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández, expediente 9273.

¹¹⁴ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente del 31 de julio de 1989, Consejero Ponente Antonio José de Irisarri Restrepo, Ver también COLOMBIA, Sección Tercera, Expediente 20001 23 31 000 1996 2726 01 del 27 de noviembre de 2002, Consejero Ponente María Helena Giraldo Gómez.

La falla al ser presunta puede desvirtuarse por la administración mediante probanza contraria, exonerándose de responsabilidad. Para ello, el juez debe llegar a la convicción de que el actuar administrativo fue prudente y diligente, que el perjuicio ocasionado con el arma de dotación oficial no puede imputársele a título de falta suya¹¹⁵. Tesis opuesta a la posición de la falla probada, posición vigente en la Sala Plena del Consejo de Estado¹¹⁶.

2.1.1.2 Falla del servicio probada

Este régimen se caracteriza por la importancia de la carga de la prueba para demostrar la falla del servicio, prueba que incumbe a los demandantes.

En el fallo Cecilia Sierra de Medina¹¹⁷ sobre los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia, la Sala concluye que en el sub-júdice sí se presentó una falla del servicio según la evidencia probatoria por parte de la fuerza pública, debido a que le correspondía procurar la vigilancia de los Magistrados y Consejeros, así como del propio Palacio de Justicia y de quienes allí por una u otra razón se encontraban laborando. Anterior al hecho, se dio conocimiento pleno a las autoridades de las amenazas contra los funcionarios judiciales y la intención de ocupar el Palacio de Justicia, presentándose medidas de seguridad que no fueron ejecutadas, siendo ostensible una falla del servicio por omisión.

Se presentó falla del servicio por parte de la fuerza pública en su actuación al tratar de recuperar la toma del palacio de justicia, ésta fue de improvisación,

¹¹⁵ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de julio de 1989, Consejero Ponente Antonio José de Irisarri Restrepo. Ver también COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 20001 23 31 000 1996 2726 01 del 27 de noviembre de 2002, Consejero Ponente María Helena Giraldo Gómez; COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 7622 del 12 de julio de 1993, Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo.

¹¹⁶ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente S – 123 del 14 de febrero de 1995, Consejera Ponente Consuelo Sarria Olcos.

¹¹⁷ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 8222 del 19 de agosto de 1994, Consejero Ponente Daniel Suárez Hernández.

desorganización y anarquía, vulnerando los derechos humanos de las víctimas de este hecho. La fuerza pública incurre a su vez en una falla del servicio al permitir al M- 19 acceder al Palacio de Justicia, lo que conlleva a la responsabilidad exclusiva de la Nación.

El Consejo de Estado ha señalado como elementos configurativos de la responsabilidad extracontractual por falla del servicio¹¹⁸: una falta o falla en el servicio o propiamente de la Administración Pública por acción u omisión; segundo, un daño o perjuicio, cierto, determinado o determinable, que consiste en la lesión de un bien jurídicamente protegido; y tercero, una relación de causalidad entre la falla o la falta y el daño.

En sentencia de 1995¹¹⁹, la Sala Plena consideró improcedente la responsabilidad del Estado por falla del servicio de omisión, debido a que no se probó la conducta omitiva de las autoridades de policía, al dejar salir a uno de sus hombres a vacaciones con un arma de dotación oficial.

La falla del servicio se presenta cuando el Estado no actuó, actuó deficientemente o actuó irregularmente. En una situación de omisión de la Administración, para que prosperen los supuestos de hecho invocados en la demanda y esta responda, se requiere de una condición necesaria por la relatividad de la falla, siendo ésta, la solicitud expresa de intervención dirigida a la autoridad con capacidad funcional, de conformidad con las exigencias y formalidades establecidas en las leyes. No existiendo responsabilidad del Estado si el particular interesado se abstiene de solicitar el requerimiento a la autoridad competente¹²⁰.

¹¹⁸ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 10768 del 14 de marzo de 1984, Consejero Ponente Joaquín Vanín Tello. Ver también Sentencia de 16 de septiembre de 1999, expediente 10922; de 11 de marzo de 2004, expediente 14864; de 16 de agosto de 2007, expediente 30114.

¹¹⁹ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente S- 123 del 14 de febrero de 1995, Consejero Ponente Consuelo Sarria Olcos.

¹²⁰ Ibídem, Ver También Sentencia de la Sala Plena de 16 de julio de 1996, expediente 422.

El profesor Gustavo Quintero¹²¹ afirma: La Administración responde a favor de las víctimas del conflicto armado si omite, en determinada circunstancia, la disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento se requiera. De esta forma, aunque la fuerza pública no puede ser omnipotente, omnisciente y omnipresente para vigilar a las personas y proteger sus bienes donde quiera que se encuentren, poseen un deber relativo a su poder, según la información que puede recaudar por si, con la colaboración de los ciudadanos y la posibilidad de actuar con los efectivos que tiene a su servicio.

El éxito de las pretensiones de la demanda de responsabilidad del Estado en un proceso reside en el cumplimiento de los elementos, entre ellos la imputación al Estado de la falla del servicio, para lo cual debe acontecer primero la omisión de la administración antes que el daño a la víctima. No es posible atribuir la responsabilidad si sucede primero el daño a la posible omisión.¹²²

2.1.2. Del Riesgo excepcional como régimen de responsabilidad

En la actualidad el Consejo de Estado afirma¹²³ que, si en los hechos demandados se involucra el ejercicio de una actividad peligrosa por parte del Estado como es: el manejo de armas de dotación oficial¹²⁴, la conducción de vehículos automotores,¹²⁵

¹²¹ NAVAS Gustavo Quintero. "Conflicto Armado y Responsabilidad del Estado Análisis del Derecho Colombiano a la luz del Derecho Francés." en Revista de Derecho Público, No 10 de la Universidad de los Andes. Bogotá, mayo de 1999, p. 21- 22.

¹²² COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 8490 del 27 de enero de 2000, Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹²³ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 11222 del 15 de marzo de 2001, Ver también sentencias del 25 de julio de 2002, expediente 15846; 14 de julio de 2005, expediente 14974 y 5 de diciembre de 2006, expediente 15846, Consejero Ponente Ruth Stella Correa. COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 25020 del 3 de mayo de 2007, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

¹²⁴ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 20001 23 31 000 1996 2726 01 del 27 de noviembre de 2002, Consejero Ponente María Helena Giraldo Gómez.

¹²⁵ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 13081 de 19 de julio de 2001, Consejero Ponente Alíer Eduardo Hernández Enríquez, en Gaceta Jurisprudencial de Leyer, No 102 de 2001, págs.72- 74.

o las redes de conducción de energía eléctrica,¹²⁶ tendrá aplicación el régimen objetivo de responsabilidad por riesgo. No hay que olvidar que, en materia de actividades peligrosas, no siempre la jurisprudencia ha aplicado el régimen objetivo, pues, en el pasado, utilizó desde el régimen de falla probada, el de presunción de falta¹²⁷ y del riesgo; teoría consolidada en el año 2000,¹²⁸ cuando la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo replantea su posición, aclarando la improcedencia de la presunción de responsabilidad.

En el régimen objetivo de responsabilidad por riesgos, el factor de imputación es el riesgo que excede el normal funcionamiento en la prestación del servicio y las cargas normales que deben soportar los administrados. Para que el Estado soporte patrimonialmente las consecuencias, se hace necesario, por el accionante, probar el ejercicio de actividad peligrosa (hecho dañoso), los elementos de daño y la relación causal.

En fallo del 2008¹²⁹, se estudia el régimen del riesgo excepcional o riesgo creado como título jurídico objetivo de imputación. El cual se clasifica dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado cuando la actividad desplegada por el sujeto de derecho sea la construcción de una obra o la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, impliquen la realización de un riesgo de ocasionar daños, que en el evento en que sobrevengan o conlleven la asunción de las consecuencias desfavorables que su ejecución pueda producir, aun cuando la actividad no entrañe peligrosidad, deberá asumir la responsabilidad.

¹²⁶ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 15635 de 30 de agosto de 2007, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

¹²⁷ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 13963 del 15 de agosto de 2002, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, en Gaceta Jurisprudencial de Leyer, No 115 de 2002, págs.102- 104, Ver también sentencia de 31 de julio de 1989, expediente 2852.

¹²⁸ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 11401 del 2 de marzo de 2000, Consejero Ponente Alir Hernández, Ver también COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 15635 del 30 de agosto de 2007, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

¹²⁹ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 16530 del 26 de marzo de 2008, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, en Gaceta Jurisprudencial de Leyer, No 178 de 2008, págs.91- 92, Ver también Sentencias de 20 de febrero de 1989, expediente 4655; de 3 de mayo de 2001, expediente 12329.

2.1.3. Del Daño especial como régimen de responsabilidad

Se impone, por la jurisprudencia, el régimen de daño especial, en la responsabilidad del Estado legislador. “Esta corporación ha aceptado la posibilidad de declarar la responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de normas constitucionales y legales”¹³⁰.

La jurisprudencia del Consejo de Estado¹³¹ ha precisado como elementos concurrentes para su procedencia:

- a. Que se desarrolle una actividad legítima de la administración.
- b. La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho a una persona.
- c. El menoscabo del derecho debe recaer en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley.
- d. El rompimiento de la igualdad debe generar un daño grave, especial y excepcional (entre sus características están: cierto o determinado, particular, anormal y protegido jurídicamente¹³²) en algún asociado porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino de la particularidad del daño causado, que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe soportar.
- e. Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño.

¹³⁰ Consejo de Estado del 26 de septiembre de 2002. Citada por Botero Aristizábal, Luis Felipe. *op. cit.*, p. 190

¹³¹ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente No IJ-001 11044 del 25 de agosto de 1998, consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, Ver también COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección tercera, expediente 16530 del 26 de marzo de 2008, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, en Gaceta Jurisprudencial Leyer, No 178 de 2008, págs.91- 92.

¹³² COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 12166 del 14 de septiembre de 2000, Consejero Ponente María Elena Giraldo Gómez.

- f. El caso no debe ser susceptible de otro régimen de responsabilidad. Además, el juez previamente debe examinar que los hechos objeto de análisis vulneren injustificadamente los principios de equidad, solidaridad y justicia social en los cuales se fundamenta el Estado Social de Derecho.¹³³

2.1.3.1. Evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado legislador por daño especial a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991

Veremos la evolución jurisprudencial en la responsabilidad del Estado legislador desde la expedición de la Constitución Política de 1991 hasta nuestros días.

En el fallo del Consejo de Estado de 1990,¹³⁴ se empieza a tratar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador a nivel jurisprudencial. El fundamento de la responsabilidad del Estado legislador no puede recaer en la falta, por consiguiente, el régimen posible en ésta responsabilidad es el riesgo o la igualdad ante las cargas públicas. Para lo cual, el juez debe examinar si se consagra el derecho a reparar el perjuicio sufrido en la ley de forma expresa o tácita.

En el año de 1995¹³⁵, no se consagra jurisprudencialmente la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley, al negar las pretensiones de la demanda al parlamentario Feisal Mustafá Barbosa, por las siguientes razones: primero, los actos expedidos por la Asamblea como poder constituyente no se sujetaban a control jurisdiccional alguno y, para deducir responsabilidad patrimonial, se hace necesario un órgano competente y un marco jurídico anterior para cotejar la actuación cuestionada, lo cual no existió. Segundo, de acuerdo con la jurisprudencia nacional y el artículo 90 de la Constitución Nacional, la

¹³³ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 10.098 del 4 de julio de 1997, Consejero Ponente Ricardo Hoyos.

¹³⁴ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 5396 del 18 de octubre de 1990, consejero Ponente Julio César Uribe Acosta.

¹³⁵ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sal Plena, Expediente S- 470 del 13 de diciembre de 1995, consejero Ponente Diego Younes Moreno.

responsabilidad se predica del Estado como centro de relaciones jurídicas, mas no del Poder constituyente. Tercero, es inaceptable la ruptura del principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, pues, por su carácter relativo, no puede aplicarse a todas las personas que conforman el cuerpo social, porque no todas fueron elegidas en 1990 ni todas ostentaban la investidura de congresistas, además, el rompimiento de este principio se cumple si se da trato diferente a personas que se encuentran en las mismas condiciones previstas en el ordenamiento.

En el fallo Vitelvina Rojas Robles de 1998¹³⁶, la jurisprudencia acepta la responsabilidad por el hecho del legislador de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Nacional: "como consecuencia del acto legislativo consistente en haber expedido, sancionado y promulgado la ley 6ª de 1972, la cual aprobó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, ley que estableció la inmunidad de jurisdicción diplomática", por cuya aplicación se les impide accionar para obtener la reparación consecuencial por la muerte de su esposo y padre contra la Embajada de USA.

El título de imputación jurídica sobre el cual se forma el juicio de responsabilidad para el Estado lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), que causa daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues no debe ser a cargo de una persona en particular. Lo anterior es el desarrollo del principio de igualdad ante la ley, expreso en el artículo 13 de la Constitución Nacional¹³⁷.

¹³⁶ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente IJ-001 11044 del 25 de agosto de 1998, consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹³⁷ *Ibíd.*

Así mismo, en el fallo Leonor Judith Fandiño de Tarazona¹³⁸, en hechos similares a la sentencia del 25 de agosto de 1998, se declaró la responsabilidad del Estado sustentada en la teoría de la igualdad de las cargas públicas, consagrada en el artículo 13 de la Constitución Política. La aplicación del tratado de Viena evidencia un sacrificio de naturaleza patrimonial para las víctimas del accidente automovilístico que el Estado debe reparar.

Como se observa, una vez en vigencia el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, sólo a partir de los fallos del 25 de agosto y 8 de septiembre de 1998, se reconoce jurisprudencialmente por el Consejo de Estado la responsabilidad del Estado legislador, la cual, se origina ya no en la inconstitucionalidad de la ley, sino en la antijuridicidad del daño. Soportada en el rompimiento de la igualdad de las cargas públicas como título jurídico de imputación, lo que ocasiona un daño especial para el individuo que no está obligado a resistir.

La Corte Constitucional en sentencia c- 036 reitera la posibilidad de establecer expresamente la responsabilidad del Estado legislador en nuestro país, por medio de una norma con carácter de ley sujeta claro está a la Constitución, artículo 90, donde se autorice legalmente los casos susceptibles de responsabilidad. Aclarando la libertad de regulación que tiene el legislador entre sus funciones sin incurrir en arbitrariedad.

La Corte Constitucional por su parte declaró exequible¹³⁹ el inciso primero del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, demandado por omitir en la acción de reparación directa los supuestos de procedencia del poder legislativo, para obtener la reparación de los daños antijurídicos provenientes de una determinada autoridad pública; el órgano legislativo. Por lo que la Corte argumentó que en el artículo 90 de la Constitución Nacional se contempla la responsabilidad

¹³⁸ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente IJ-002 del 8 de septiembre de 1998, consejero Ponente Daniel Suarez Hernández.

¹³⁹ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 038 del 1 de febrero de 2006, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo.

Actualmente, el Consejo de Estado, en el fallo Carlos Sammy López¹⁴⁰, ha sostenido como necesario reunir los presupuestos que ha señalado la jurisprudencia para acceder a la responsabilidad estatal por actos normativos legítimos, en el cual no cabe la discusión acerca de la juridicidad y se aplica como régimen de responsabilidad el daño especial. Por último, se reitera, la procedencia de la acción de reparación directa en aquellos casos en los cuales no se cuestiona la legitimidad del acto normativo causante del desequilibrio ante las cargas públicas.

Como hemos visto, aunque es poca la jurisprudencia imperante en nuestro país en el tema de la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley, ha venido evolucionando el precepto de la irresponsabilidad del Estado fundamentado en su poder soberano.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe norma constitucional o legal expresa que señale la responsabilidad del Estado legislador por el hecho de una ley, a pesar del artículo 90 de la Constitución, por su carácter general y abstracto. Contrario a lo acontecido en el derecho Español.

En el derecho español, la Constitución, en su artículo 106¹⁴¹, expresamente indica a los particulares el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, conforme a los términos contenidos en la ley. En razón de ello, el numeral 3 del artículo 139 de la ley 30 de 1992 o Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común consagró: la indemnización de perjuicios a particulares por la aplicación de actos

¹⁴⁰ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 16421 del 8 de marzo de 2007, Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴¹ Constitución Española de 1978, artículo 106 inciso 2.

legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos, cuando estos no tengan el deber jurídico de soportar y así lo señalen los propios actos legislativos¹⁴².

María Consuelo Alonso García¹⁴³ colige como insuficiente el apartado 3 del art. 139 LAP sobre la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado en cuanto productor de normas con rango de ley, por su redacción y evidente contradicción en el tema. Además, resalta la omisión del legislador en la definición de lesión o daño como elemento de la responsabilidad extracontractual; de la antijuridicidad, lo que excluye el perjuicio de la norma.

Con relación a la jurisprudencia Colombiana, el Consejo de Estado ha ido interpretando el vacío normativo sobre la responsabilidad del Estado legislador desde la cláusula del artículo 90 de la Constitución de 1991. Como precedente jurisprudencial del tema, la sentencia del 25 de agosto de 1998¹⁴⁴, el Estado responde por la responsabilidad del legislador, al referirse a la aplicación de un tratado bajo el régimen de daño especial. Daño adquirido en una actividad legítima y compleja, realizada por el Congreso de la República y el Presidente de la República, como lo es la ley. Criterio tomado del derecho Francés.

En el derecho francés, el Estado a partir de la jurisprudencia acepta la responsabilidad del Estado legislador. Esta surge con la sentencia *Société des Produits la Fleurette* (CE, ASS., 14 de enero de 1938) la cual destaca: “la sociedad implicada a quien la ley vino a imponer el cese de la fabricación de un sustituto lácteo, soporta así una carga que no le incumbe normalmente, de suerte que esta carga, creada en interés general, debe ser soportada por la colectividad”¹⁴⁵. Otros casos donde las víctimas han sido indemnizadas son: “(CE, 21 de enero de 1944,

¹⁴² Garrido Falla, Fernando, “La Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en la nueva ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992. *Revista española de Derecho Administrativo (Reda)*, 1993.

¹⁴³ Alonso García, María Consuelo, *La responsabilidad patrimonial del Estado- legislador*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 134- 135.

¹⁴⁴ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente IJ-001 11044 del 25 de agosto de 1998, consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹⁴⁵ Paillet, Michel, *La Responsabilidad Administrativa*, traducción y estudio introductorio Jesús María Carrillo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 214-215.

Caucheteux et Desmonts: la ley que limita el empleo de la glucosa apta para la fabricación de la cerveza, en cuanto causó un perjuicio anormal y especial a la empresa demandante; CE, Sect., 25 de enero de 1936, Bovero: ordenanza legislativa que impidió a un propietario obtener la expulsión de una familia de la cual un miembro servía como militar en África del Norte)".¹⁴⁶

De acuerdo con el especialista Gustavo Quintero, "En Colombia, se retomó lo que dice la ley francesa y empezó a establecerse que, en algunos casos, sí hay responsabilidad del Estado. En el fondo, se fijó el principio de solidaridad vía juez, lo que, en técnica jurídica no es muy apropiado, ya que el juez no tiene legitimidad popular. El gesto es loable, es altruista y siempre que una decisión favorece a las víctimas hay que aplaudirla. Sin embargo, quien debe representar la solidaridad es el legislador".¹⁴⁷

En el derecho Colombiano, "habría que hablar preferiblemente de un régimen de reparación aceptado por el legislador"¹⁴⁸. Donde él, propiamente, aprecie la indemnización respectiva para las víctimas que hayan sufrido un perjuicio como efecto de la ley, aceptándose por tanto solamente en virtud de la ley o, el tácito asentimiento del legislador¹⁴⁹.

La posición del Gobierno, con relación a la indemnización de las víctimas, recae sobre el principio de solidaridad, mientras que el Congreso toma la posición de indemnizar por la responsabilidad del Estado. En esa medida, el Estado no acepta los daños perpetrados por la subversión, lo cual no significa que no responde patrimonialmente por sus actos imputables según las reglas de la responsabilidad y la jurisprudencia. Pero que, en algunas ocasiones, la asistencia del Estado no es a título de responsabilidad sino de solidaridad pública, sin que dicho principio de

¹⁴⁶ Ibíd, p. 214-215.

¹⁴⁷ Rocha, Andrea del Pilar, "El Estado debe responder por los ataques terroristas", en *Ámbito Jurídico de Legis*, Bogotá, 30 de junio al 13 de julio de 2008.

¹⁴⁸ Consejo de Estado, octubre 18 de 1990. Citada por, Saavedra Becerra, Ramiro, *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004. p. 448.

¹⁴⁹ Ibíd, p. 448.

solidaridad Nacional equivalga a un régimen de responsabilidad extracontractual del Estado. Como ejemplo la ley de justicia y paz.

2.1.3.2. Obstáculos para declarar la responsabilidad del Estado Legislador en la inmunidad de jurisdicción

Conforme lo señalado por el doctor Luis Felipe Botero en Responsabilidad patrimonial del legislador, la inmunización de la sociedad en relación a la irresponsabilidad del estado legislador consistiría en la “desconfianza que los gobernados sienten- y seguramente han sentido desde siempre- frente a sus representantes en el órgano legislativo”.¹⁵⁰

La polémica del tema de la responsabilidad del Estado legislador, por la expedición de leyes, si bien ha tenido sus inicios mucho antes de la constitución de 1991, sus referencias han sido en materia jurisprudencial y no mediante ley.

El argumento de inmunidad absoluta fundado en la soberanía con el cual se identifico durante tantos años el congreso ya no es razón jurídica para desconocer la responsabilidad que pueda tener el órgano legislativo y designar la propia indemnización en la creación de una ley.

Los tribunales, durante el tiempo que considero al parlamento como inmune jurídicamente por su soberanía, y al existir vacío legislativo, negó las pretensiones de demandas de reparación de perjuicio causado por una ley y con ella una posible indemnización.

Fue entonces cuando posterior al precedente judicial del fallo francés, caso La Fleurette, al no existir expresamente la negación de reparación reconoció la responsabilidad del Estado legislador, la jurisprudencia colombiana empieza

¹⁵⁰ BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. Responsabilidad patrimonial del legislador, Legis, Bogotá, 2007. P. 2

acoger dicha tesis, variando su precepto frente a dicha responsabilidad, dejando de lado el manto de soberanía absoluta que sobre el parlamento recaía.¹⁵¹ Diferente en España donde si hay una regulación legal expresa en el tema.

El hecho de que en Colombia no exista una ley que explícitamente consagre la responsabilidad del Estado legislador y que por tanto se presenten obstáculos para aceptar dicha responsabilidad se deriva de una tradición constitucional¹⁵², por factores políticos y de índole presupuestal que acarrea a la nación. De igual manera, al aceptarse se podría considerar como deslegitimar al congresista en su calidad de hacer la ley y al mismo tiempo establecer que la Administración Pública indemnizara a los afectados por la aplicación de la ley. Jurídicamente, lo más viable es que quien expide la ley auto-reconozca el margen de afectación que su aplicación puede conllevar a algunos en la sociedad, y por ende sea responsable de su labor estipulando la debida indemnización. Lo anterior en aras de respetar la constitución y reglamentar el artículo 90.

2.1.4 La confianza legitima como generadora de responsabilidad del Estado

La confianza legítima según Wilson Ruiz¹⁵³ es un principio constitucional de origen alemán, en donde una situación jurídica nace a favor del administrado que implica indemnización ante un hecho de cambio jurídico.

La Corte Constitucional afirma:

“El principio de confianza legitima no es impedimento para que se produzca un cambio legislativo, siempre que lo haga el Legislador dentro de los parámetros de la Constitución, los derechos fundamentales, los principios de equidad,

¹⁵¹ Ibídem

¹⁵² Como afirma Luis Felipe Botero en la responsabilidad patrimonial del legislador, la consagración en la Constitución de las figura de expropiación, monopolio y la reserva de servicios públicos, supondría una limitación en la responsabilidad del Estado legislador sin tener en cuenta el daño antijurídico del artículo 90, lo que correspondería a una tradición constitucional.

¹⁵³ RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes, Ecoe ediciones, Bogotá, 2010. P.186.

proporcionalidad, razonabilidad, interés general y democrático como límites a su libertad de configuración legislativa frente a una mera expectativa”¹⁵⁴.

Por su parte el profesor Hartmud Maurer considera¹⁵⁵:

“Las regulaciones por Ley que afectan exclusivamente al nacimiento futuro de situaciones, derechos o relaciones jurídicas no colisionan con el principio de protección de la confianza. El ciudadano no puede confiar en que las leyes dadas en un tiempo vayan a permanecer incambiadas. Menos aun puede pretender que el Legislador actúe de una determinada manera...”

El principio de confianza legitima cuando recae sobre un derecho adquirido por el administrado es protegido y garantizado por la Constitución nacional a través de la seguridad jurídica, por ende no puede ser modificado o de lo contrario se vulneraría, lo que difiere de la mera expectativa de un derecho a futuro, que no puede catalogarse como un límite a la libertad de configuración del legislador, permitiendo el pleno despliegue de funciones a los congresistas como legisladores.

Lo anterior significa, que cuando no se ha adquirido un derecho pleno por el administrado, el principio de confianza legítima no puede convertirse en un obstáculo para la democracia, durante el ejercicio del poder del legislador, que conlleve a una responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de la ley. Sin embargo, en aras de no afectar intempestivamente una mera expectativa, la Corte expone un marco dentro del cual se pueda desarrollar la legislación de acuerdo a las necesidades de la sociedad conforme al Estado social de derecho, los principios de proporcionalidad, razonabilidad y los derechos fundamentales.

¹⁵⁴ Ibid, pag. 215.

¹⁵⁵ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español, Thomson Civitas, segunda edición, 2007. P. 41-42.

2.2 ¿DEBERÍA EXISTIR RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR CREAR INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN?

2.2.1 ¿Debe responder el Estado legislador como órgano por la expedición de la ley 418 de 1997 al crear inmunidad de jurisdicción?

El autor Luis Felipe Botero¹⁵⁶ precisa, respecto al estudio de la responsabilidad del Estado legislador, la responsabilidad en cumplimiento de la función legislativa o por su competencia normativa, las leyes que rigen en la república de Colombia no son las emitidas exclusivamente por el congreso dada las atribuciones especiales o extraordinarias otorgadas a otras autoridades públicas. Como lo son los supuestos del legislador ordinario (ley en sentido formal), del legislador extraordinario (ley en sentido material) e incluso la responsabilidad de cualquier ente público emisor de normas generales, impersonales y abstractas.

Se le dio origen legal a la zona de despeje con la expedición por el Congreso de la República de la ley 418 de 1997 de diciembre 26. Así mismo, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República profirió la resolución número 85 de 14 de octubre de 1998; por la cual se declara la iniciación de un proceso de paz, se reconoce el carácter político de una organización armada y se señala una zona de distensión y el decreto 0717 de 1996 de 18 de abril de 1996; por el cual se dictan unas medidas tendientes a la preservación del orden público.

En este tema, la tesis de responsabilidad del Estado legislador no acoge como régimen de imputación la falla del servicio por omisión o acción en la función legislativa, esto sería indilgar una culpa subjetiva que recaería en la actividad legislativa realizada en cabeza de los legisladores.

¹⁵⁶ Botero Aristizábal, Luis Felipe, *op. cit.*, p.147-148.

Actualmente, en nuestro derecho, la expedición y la aplicación de una ley sean generales, abstractas, concretas e impersonales, válidas o no, puede generar un daño especial a la comunidad, lo que configuraría una responsabilidad del Estado legislador. En el presente caso, por ser la ley 418 de 1997 la que le dio creación legal a la zona de despeje, expedida por el Congreso de la República en su función como órgano legislativo y sancionada por el Presidente de la república como representante de la rama ejecutiva, responden, solidariamente, La Nación-Congreso General de la República y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, como órganos legislativos representantes del Estado legislador en la creación de la zona de despeje.

Lo anterior, aclarando que la ley 418 es constitucional y ella por sí misma no genera ningún daño especial, su finalidad era dar instrumentos para la convivencia pacífica entre grupos al margen de la ley. La responsabilidad patrimonial del Estado proviene cuando, mediante la ley, el Estado conforma una zona especial conocida por todos como “zona de despeje” o “distensión” en la cual se concentran la mayor parte de los grupos alzados en armas tomando para sí el mando y poder arbitrario en parte del territorio nacional, lo que conlleva a un desequilibrio en las cargas públicas para los residentes de los sectores aledaños a la zona frente al resto de la población colombiana siendo perjudicados en cuanto a su honra y bienes.

El hecho que la ley 418 haya permitido una zona de diálogo con fines de paz y durante ese tiempo se suspendieran las ordenes de captura a los insurgentes de los grupos armados permitió la libre circulación de éstos por la zona de ubicación temporal cometiendo infracciones frente a la ley sin ser detenidos ni judicializados por personal de las fuerzas militares de Colombia, que por el contrario debían garantizar su seguridad. Originando una inmunidad de jurisdicción frente a los jueces naturales colombianos.

En el caso de la zona de despeje, el título de imputación jurídica recae en la desigualdad ante las cargas públicas impuesta por el Estado a raíz de la ley 418 de 1997 que afectó a unos pocos, más concretamente a los pobladores de la zona de diálogo, título que se desarrolla dentro del régimen del daño especial.

Según los requisitos establecidos por la Jurisprudencia del Consejo de Estado en el marco del daño especial se reflejan los siguientes: 1. La actividad legítima de la administración se manifiesta en la ley 418 de 1997. 2. Establecer la zona de despeje conllevó a los miembros de los grupos armados a menoscabar el derecho a los habitantes de la región. 3. Se rompe el principio de igualdad ante la ley porque las víctimas de los procesos de diálogos en la zona no podían acudir a la jurisdicción colombiana a demandar a las fuerzas armadas revolucionarias de las FARC, pues tenían suspendidas las órdenes de captura violando el derecho a la justicia. 4. El daño que se produjo fue consecuencia del rompimiento de la igualdad frente al resto de ciudadanos colombianos que vivían alejados del territorio empleado como procesos de paz, las características de grave, cierto o determinado, particular y anormal se muestra con precisión en los casos expuestos en las sentencias, como la del Tribunal del Caquetá. 5. El nexo causal entre la ley 418 y los daños, se explica que, de no haberse instaurado la zona de despeje en el Caguán para procesos de diálogo, negociación o firma de acuerdos, según la ley, los hechos delictuosos de robo, secuestro y extorsión no hubieran aumentado progresivamente. Además, en la norma se expresa que en ningún caso podrán subsistir estas zonas si con ellas se afecta el normal y pleno funcionamiento de las instituciones civiles.

Por otra parte, la responsabilidad patrimonial del Estado, no es aplicada de acuerdo al régimen de riesgo excepcional, debido a que éste régimen objetivo conforme a la línea jurisprudencial es característico en situaciones en las cuales se desarrollan actividades peligrosas como el uso de armas de dotación oficial, la conducción de vehículos, las redes de energía eléctrica y atentados terroristas. Y en este tema, la causa del daño antijurídico, como inseguridad en la zona, robos,

extorsiones entre otros delitos en la población afectada, lo constituye la actividad legítima del Estado con la ley 418 lo que conlleva a un desequilibrio anormal de las cargas públicas y no por una actividad riesgosa.

2.2.2 El Fallido Acuerdo Militar con Estados Unidos en la Responsabilidad Patrimonial del Estado

Sobre el Acuerdo Militar no es posible hablar de una responsabilidad del Estado como consecuencia de su vigencia, debido a que sus efectos como acuerdo o tratado internacional en el derecho interno no tienen validez hasta tanto no se cumpla con el trámite constitucional previsto para tratados, al no ser incorporada y aprobada como ley por el Congreso de la República y sancionado por el Presidente de la República como lo manifiesta el auto de 2010 de la Corte Constitucional. Remitiendo al Presidente de la República el acuerdo, para que le imparta el trámite correspondiente.

2.2.3 La Responsabilidad Patrimonial de Colombia en el marco de la Ley de Justicia y Paz como Justicia Transicional

La Ley 975 de 2005 como ley de justicia y paz crea inmunidad de jurisdicción, cuando impide el derecho a la justicia de las víctimas de los desmovilizados al margen de la ley. En la medida que la pena de la alternatividad no es proporcional al delito incurrido, la aplicación de la ley no garantiza la justicia a las víctimas de las autodefensas y de la guerrilla.

Ahora, es difícil aceptar que los insurgentes de los grupos armados ilegales que se acogen al proceso de paz durante su vinculación hayan cometido exclusivamente delitos de carácter político, cuando se escuchan a diario hechos atroces que atentan contra los derechos humanos de las personas, incurriendo en delitos de lesa humanidad.

En el estudio del título de imputación para determinar una posible responsabilidad patrimonial del Estado, se puede decir que la ley de justicia y paz eventualmente puede ser responsable en la siguiente medida: A) La actuación legítima de la administración causante del daño a las víctimas de los desmovilizados recae en la ley 975 de 2005. B) A las víctimas de los grupos armados se les causó un daño de índole, moral, físico y psicológico, que lesionó un derecho tutelado en la Constitución como derecho fundamental; la vida o la libertad, o como derecho social o económico. C) Es imputable a la autoridad pública en este caso el Congreso y el Presidente de la república por la iniciativa legislativa aprobada y sancionada en la ley 975 de 2005, que dio paso a la implementación de un proceso especial en materia de justicia y paz para desmovilizados de grupos armados en contra de la ley. D) el daño es antijurídico debido al desequilibrio anormal y especial que rompe la igualdad frente a las cargas públicas normales que todo ciudadano está obligado a soportar, produciendo un perjuicio en el patrimonio de la víctima. Las víctimas deben soportar que los desmovilizados que se acojan a la ley de justicia y paz tengan beneficios de alternatividad de la pena aun habiendo cometido una diversidad de delitos que de alguna forma atentaron contra su vida e integridad o la de su familia.

Conforme lo anterior, la expedición de la ley de justicia y paz como actividad legítima del Estado puede configurar una responsabilidad de éste por el régimen de daño especial mediante el desequilibrio de las cargas públicas.

La ley 975 de 2005, como justicia restaurativa, debe propender no solamente a favorecer a los actores de los delitos con llamativas rebajas de penas en busca de alcanzar la paz, quedando en libertad al cabo de 5 u 8 años independiente del delito. Olvidando que sus víctimas tienen todo el derecho a conocer la verdad de los sucedido consigo mismo si se cometió el delito o con su familiar; los hechos en los que aconteció el delito, quien lo cometió, porque motivo, en el marco de un proceso penal donde transcurren las etapas de la investigación y el juicio justo, lo que le garantiza un eficiente y eficaz acceso a la justicia sin sacrificar principios de

solidaridad, proporcionalidad e igualdad, de igual manera la reparación a nivel de indemnización pecuniaria, terapéutica y social.

La justicia transicional como procedimiento especial, a favor de lograr al fin la paz con los grupos alzados en armas, concede una disminución considerable de la pena en materia de justicia, pena alternativa significativamente inferior a la contemplada para las demás conductas delictivas cometidas por personas no pertenecientes a un grupo armado al margen de la ley, convirtiéndose en alguna especie de indulto, como perdón de la pena, sin sopesar si realmente se está otorgando beneficios a desmovilizados culpables de crímenes atroces que atenta contra la humanidad.

Actualmente, con la nueva ley de reparación de víctimas se espera que se logre un especial énfasis en los derechos de las víctimas en aras de la verdad de lo ocurrido, una eficaz justicia y una adecuada reparación, tal vez así se logre la verdadera armonía y equilibrio en materia de justicia en la convivencia pacífica entre los grupos armados y sus víctimas. Alcanzar la paz no tendrá mucho éxito si no se resarce a sus víctimas el dolor y su sufrimiento.

2.2.4 La concesión de la Amnistía e Indulto como causa de responsabilidad del Estado

Al Estado colombiano de acuerdo con sus normas reglamentadas en la Carta Magna de 1991 y los tratados de derecho internacional aceptados, como la Convención interamericana de derechos humanos y el estatuto de Roma, le es dable la concesión de amnistías e indultos por el Congreso y el Presidente de la República única y exclusivamente por delitos políticos y con el pago de las indemnizaciones correspondientes a sus víctimas (artículo 150. numeral 17 de la CP.).

La Corte Constitucional,¹⁵⁷ ratificando lo afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comparte el argumento de no admitir el otorgamiento de auto amnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquier otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁵⁸

En los delitos políticos la Constitución Nacional es respaldada jurídicamente en el derecho interno en el artículo 150, permitiendo al Congreso la facultad de otorgar amnistías y al presidente de otorgar indultos. Así mismo, es aceptada por el derecho internacional en la Convención interamericana de derechos humanos y el estatuto de Roma.

En principio, la amnistía o el indulto como instrumento en materia penal, concedido por delito político o común y reglamentado por una ley del Estado, podría generar una responsabilidad del Estado con relación a las víctimas de los perpetradores del delito, si se ocasiona un daño antijurídico por no permitir el acceso a la justicia y ejercer la respectiva indemnización a modo de reparación. Existiendo un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño.

De acuerdo a lo anterior, la amnistía e indulto pueden ser responsabilidad del Estado en aquellos eventos en el que el Congreso o el Presidente de la República concedan una amnistía o indulto encubierto como delito político o en conexidad, que encierren delitos de lesa humanidad o violaciones graves a los derechos humanos.

Hay que precisar que si en el delito político de sedición, rebelión y asonada, la

¹⁵⁷ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 575 del 30 de julio de 2002, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinoza.

¹⁵⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado las condiciones para que una amnistía sea compatible con los compromisos adquiridos por los Estados Partes en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), Sentencia de 14 de Marzo de 2001 la Corte Interamericana decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso en el contexto nacional.

lucha es por reformar o imponer sus ideas en un sistema de gobierno en desacuerdo con las políticas de turno, las organizaciones al margen de la ley deben focalizar sus ideales en la causa, sin incurrir en delitos de lesa humanidad que atente contra la vida e integridad de su comunidad. Estudio que debe realizarse previamente al expedir la ley de amnistía o indulto y más aún al concederse alguna de las dos figuras. De lo contrario, se atentaría contra los derechos humanos de las víctimas y se vulnerarían los tratados internacionales.

En la amnistía como el indulto, por motivos de conveniencia política y de un mejor orden público, se suspende o se impide ejercer la acción penal o la ejecución de sus penas cuando se ha proferido sentencia contra un acusado, limitándose el ejercicio de la justicia y desconociéndose el delito, lo que crea una inmunidad de jurisdicción.

En la concesión de la amnistía o el indulto debe primar la protección de los derechos de las víctimas; a la verdad, justicia y reparación. La verdad, entendido como el derecho a conocer a los responsables perpetradores del delito, los móviles del delito y los hechos en tiempo, espacio y lugar, así como el paradero de su familiar si ha desaparecido. La justicia, mediante el acceso a ésta a demandar, denunciar o interponer querella, conocer el estado de la investigación en curso, y el cumplimiento de la pena por el reo. Y la reparación, a nivel económico, indemnizando a la víctima física y moralmente, a nivel de rehabilitación; asistiendo a la víctima jurídica, social y psicológicamente y a nivel de satisfacción a través de disculpas.

Al expedirse por el Congreso una ley de amnistía o indulto, así comprenda las condiciones de graves motivos de conveniencia pública, sea tramitada como ley marco y sea por delitos políticos, el Estado podría ser responsable patrimonialmente según el régimen de imputación del daño especial, en la medida en que el indulto y la amnistía impida el eficaz funcionamiento de la administración

de justicia, pues ésta no podría continuar con las etapas del proceso en la investigación, juicio y ejecución de la pena del amnistiado o indultado.

Al afectar el pleno desarrollo de la justicia, perjudica los derechos de las víctimas a la “justicia” trayendo un daño antijurídico, creado por un desequilibrio de las cargas públicas anormal y especial en relación con el resto de la sociedad. Se imputa al Estado porque es él, quien, conforme los preceptos de la Constitución, determina a quien la confiere. Interviniendo el Estado como hecho del constituyente por estar consagrado en el artículo 150 de la Constitución de 1991 la amnistía e indulto, por el hecho de la ley, al ser éste el mecanismo empleado por el Congreso para otorgar amnistías, y como acto administrativo legal los decretos del presidente de la república desde luego reglamentado previamente por una ley para el caso de los indultos.

CONCLUSIONES

La inmunidad jurisdiccional no vulnera el artículo 13 de la Constitución por cuanto la igualdad se predica respecto de iguales, por ende, puede admitirse un trato desigual cuando se halle suficientemente justificado, empero, ha adoptado el criterio finalista respecto de la interpretación de las prerrogativas de inmunidad jurisdiccional, arguyendo que ningún Estado estaría en la capacidad jurídica de otorgar plena inmunidad a todo agente o representante de gobierno extranjero o representante de un organismo de derecho internacional y, en general, a ningún órgano de derecho internacional, pues podrían sacrificarse algunas atribuciones que le competen como Estado soberano¹⁵⁹, de manera que son los principios y no una mera liberalidad los que fundamentan la existencia de las prerrogativas¹⁶⁰.

El Estado legislador, sólo a partir de 1991 con la expedición de la Constitución política en su artículo 90, responde con su patrimonio, si se cumple con los requisitos de daño antijurídico y de imputación de éste por acción u omisión de una autoridad pública¹⁶¹, independientemente de la legalidad o ilegalidad de su actuación.¹⁶²

En el derecho colombiano no existe una regla constitucional o legal que se refiera expresamente y de manera concreta a la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley.¹⁶³ Sin embargo, el artículo 90 de la Carta Magna al ser general su disposición sobre la responsabilidad del Estado y, por ello, no limitar los regímenes

¹⁵⁹ Sentencia C-137 de 1996.

¹⁶⁰ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 34460 del 26 de marzo de 2009, Magistrado Ponente Myriam Guerrero de Escobar.

¹⁶¹ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expedientes acumulados 10948 y 11643 del 21 de octubre de 1999, consejero ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, en el mismo sentido, Sección Tercera, Expediente 11702 del 2 de diciembre de 1999, consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁶² Vidal Perdomo, Jaime y otros, *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, Legis, Bogotá, 2005, p. 109.

¹⁶³ Botero Aristizábal, Luis Felipe, *op. cit.*, p. 168.

existentes ni las clase de responsabilidad en que puede verse el Estado, la responsabilidad del legislador está inmersa en la cláusula del artículo 90.

El Estado, al otorgar inmunidades de jurisdicción como las expuestas, Ley 418 de 1997, ley de justicia y paz y la amnistía e indulto, deberá procurar el restablecimiento de las cargas públicas de aquellos ciudadanos afectados durante el periodo de vigencia del hecho generador a favor de los derechos de las personas consagrados en la constitución.

Lograr un acuerdo de paz, entre los representantes del Gobierno y de las FARC mediante negociaciones establecidas en una zona de distensión, es precisamente el contexto en el que se originaron los delitos imputados al personal de las Farc, quienes actuaban refugiados en la inmunidad de jurisdicción otorgada por la ley 418 de 1997, que les permitía hacer fechorías y ser intocables ante las demandas de la sociedad y órdenes de captura de la fiscalía.

Con la ley 975 de 2005 de justicia y paz, se observan enormes beneficios en cuanto a la significativa disminución de la pena a purgar por personas pertenecientes a grupos organizados al margen de la ley, teniendo en cuenta la cantidad de delitos cometidos en el tiempo de permanencia de la organización y la acumulación de las penas a una inferior, sin que en ocasiones hubiesen confesado todos los delitos, pareciendo, que no se está sopesando en una balanza la ventaja que recibe el infractor del delito con respecto a los derechos de la víctima. Sólo hasta el presente año, luego de seis años de vigencia de la ley de justicia y paz, se expide la ley de víctimas que pretende proteger realmente y reparar en toda su integridad los derechos de éstas; a la restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, de acuerdo con la convención interamericana de derechos humanos.

La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación deberá ir de la mano con las autoridades judiciales en todos los procesos de justicia y paz, para garantizar

la justicia a la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes, por quienes se cobijen con la ley de justicia y paz, y así evitar que la creación de una inmunidad de jurisdicción en favor de la paz, favorezca sólo al desmovilizado y genere una responsabilidad mayor de carácter patrimonial al Estado, sin dejar de lado la reparación económica y psico-social y la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley.

Sobre la ley de justicia y paz y las figuras de indulto y amnistía, se aclara que si bien son diferentes la primera de las otras, y la ley 975 no otorga ni concede un indulto o amnistía, conforme la jurisprudencia y desde luego la ley, sí contiene explícitamente en su contenido y regulación una inmunidad de jurisdicción, el desmovilizado está exento de la totalidad de la pena y es privilegiado comparado con las personas del común responsables de una conducta delictiva. La inmunidad en mención perjudica a las víctimas de los procesados bajo esta ley y es por esta razón que puede conllevar al Estado a una responsabilidad patrimonial.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la ley de justicia y paz no es una ley de amnistía ni de indulto, puesto que no se tramitó como tal, pero sí crea unas prerrogativas especiales en materia de inmunidad de jurisdicción a favor del desmovilizado y en desventaja hacia la víctima, a ésta se le dificulta el derecho a la justicia y el conocimiento de la verdad de su situación.

En Colombia, con la ley de víctimas, se abre paso a la aceptación de la reparación de éstas por parte del legislador y del Gobierno, reparación traducida en la indemnización respectiva para las víctimas que hayan sufrido un perjuicio por parte de grupos armados organizados al margen de la ley. Con esta ley, se trata de resarcir los derechos afectados a las víctimas y reconocer el daño que estos grupos han producido por años. Explícitamente, la ley manifiesta que la indemnización de perjuicios no implica responsabilidad del Estado lo cual es un poco contradictorio, acepta los daños y resarce pero no responde patrimonialmente, lo que implica que no es a título de responsabilidad

extracontractual del Estado sino por solidaridad pública. Quedando entonces, sometido el pago a la reclamación de la víctima por medio de demanda de reparación directa y que sea el juez, basado en la interpretación de la ley, quien decida sobre la reparación del perjuicio.

Con relación a los parámetros señalados por la Corte Constitucional, para la concesión de indultos, se precisa que no a todo nacional que por voluntad propia renuncien a sus actividades delictivas al interior de los grupos armados organizados al margen de la ley, se le puede conceder ésta figura jurídica, de lo contrario se saldría de la órbita contemplada en la carta magna, que es para delitos políticos y conexos, y se podría caer en la violación de delitos de lesa humanidad.

En el estudio y análisis de la inmunidad de jurisdicción como fuente de responsabilidad patrimonial del estado en Colombia, se concluye, sobre los casos de la ley 418 de 1997, por la cual se crea la zona de despeje, la ley 975 de 2005 de justicia y paz y las figuras jurídicas de amnistía e indulto, el Estado podría responder patrimonialmente ante una situación dada por crear inmunidades de jurisdicción, que impide o afecta el acceso a la justicia como derecho de todo ciudadano, responsabilidad que en los tres casos se presenta por el título de imputación del daño especial por el hecho de la ley, ley que es legítima y constitucional, pero que por crear una situación de derecho conduce a un daño en ciertas personas alterando las cargas públicas que normalmente debe soportar.

Ahora, no por el hecho del Estado crear inmunidades jurídicas, significa que siempre responda patrimonialmente, para esto se exigen unos requisitos previos y se debe examinar la situación en concreto, en especial, que se respeten y se reparen los derechos a las víctimas por las organizaciones armadas y subsidiariamente por el Estado, según el artículo 90 de la Constitución Política.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo Complementario para la Cooperación y Asistencia Técnica en Defensa y Seguridad entre los Gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América, 2009.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo, La responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Madrid: Marcial Pons. 1999.

Apartheid. De Wikipedia, la enciclopedia libre (consultado 5 jul. 2011), es.wikipedia.org/.../Comisión_para_la_verdad_y_la_reconc...

Argentina, Corte Suprema de la Nación, expediente S -1767, causa N° 17768, 14 de junio de 2005 (en línea) (consultado el 6 jul. 2011). En www.urbeetius.org/news7_jurisprudencia.pdf

BERMÚDEZ, Martín, Responsabilidad de los jueces y del Estado, 1ª. Edición. Bogotá: Librería del Profesional, 1998.

BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe. Responsabilidad patrimonial del legislador, Legis, Bogotá, 2007.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida son Inconstitucionales, Síntesis del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que resuelve la inconstitucionalidad de las leyes del perdón (en línea) (consultado el 6 de jul. 2011). En www.cels.org.ar/common/documentos/sintesis_fallo_csjn_caso_poblete.pdf

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 5.396 del 18 de octubre de 1990, consejero Ponente Julio César Uribe Acosta.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 7.096 del 19 de abril de 1994, consejero ponente Juan de Dios Montes.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 8.222 del 19 de agosto de 1994, consejero ponente Daniel Suárez Hernández.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 9.273 del 2 de febrero de 1995, consejero ponente Juan de Dios Montes Hernández.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente No. S – 123 del 14 de febrero de 1995, consejera ponente Consuelo Sarria Olcos.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente No. S – 470 del 13 de diciembre de 1995, consejero ponente Diego Younes Moreno.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 10.098 del 4 de julio de 1997, consejero ponente Ricardo Hoyos.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente No IJ-001 11044 de 25 de agosto de 1998, consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente No. IJ-002 del 8 de septiembre de 1998, consejero Ponente Daniel Suarez Hernández.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expedientes acumulados No 10948 y 11643 21 de octubre de 1999, consejero ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No 10867 de 27 de enero de 2000, consejero ponente Alier E. Hernández Enríquez.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No 8490 del 27 de enero de 2000, consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No 11401 del 2 de marzo de 2000, consejero ponente Alier Hernández.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No 12166 de 14 de septiembre de 2000, consejero ponente María Elena Giraldo Gómez.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación 1286, del 21 de septiembre de 2000 consejero ponente Augusto Trejos Jaramillo.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No 11222 de 15 marzo de 2001, consejero ponente Ruth Stella Correa.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No13081de 19 de julio de 2001, consejero ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No12998 de 9 de agosto de 2001, consejero ponente María Elena Giraldo Gómez.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No 13963 de 15 de agosto de 2002, consejero ponente Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No 20001 23 31 000 1996 2726 01 del 27 de noviembre de 2002, consejero ponente María Helena Giraldo Gómez.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No AG-948de 6 de octubre de 2005, Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No 16421 del 8 de marzo de 2007, consejero ponente Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección cuarta, Expediente 25000-23-24-000-2007-00290-01(AC) del 26 de julio de 2007, consejero Ponente Ligia López Díaz.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No 15635 de 30 de agosto de 2007, consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra.

COLOMBIA, Consejo de Estado Sección Cuarta, Radicación número 25000-23-24-000-2007-02146-01(AC), 11 de diciembre de 2007, Concejero Ponente María Inés Ortiz Barbosa.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No 16530 del 26 de marzo de 2008, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Conciliación Expediente No 2004- 00127 del 6 de agosto de 2009, consejero ponente Myriam Guerrero de Escobar.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No 18747 de 25 de mayo de 2011, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 137 del 9 de abril de 1996, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia c- 048 de 24 de enero de 2001, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 621 del 13 de junio de 2001, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinoza.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 863 del 7 de septiembre de 2004, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinoza.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 241 del 15 de marzo de 2005, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 928 del 6 de septiembre de 2005, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 036 del 25 de enero de 2005, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C – 370 de 2006 del 18 de mayo 2006, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinos.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C- 038 del 1 de febrero de 2006, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA, Corte Constitucional. C – 575 del 25 de julio del 2006, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Decisión N. 40, agosto 17 de 2010, Acuerdo Complementario para la Cooperación y Asistencia Técnica en Defensa y Seguridad entre los Gobiernos de la República de Colombia y los Estados Unidos de América, suscrito en Bogotá el 30 de Octubre de 2009.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Expediente No 4103 del 5 de octubre de 1992, Magistrado Ponente Pedro Lafont Pianetta.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 9139 del 13 de mayo de 1996, Magistrado Ponente Fernando E. Arboleda Ripoll.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sentencia T- 355 del 10 de mayo de 2007, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Radicación 32096 de Auto de fecha 13 de diciembre de 2007. Radicación 32096. Magistrado Ponente, Camilo Tarquino Gallego.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso No 32852 del 11 de marzo de 2010, Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso No 34606 del 9 de diciembre de 2010, Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Proceso No 33065 del 13 de diciembre de 2010, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero

COLOMBIA, Tribunal Administrativo del Caquetá, Expediente No 18001-2331-001 + 2004 del 29 de mayo de 2008, magistrado ponente Fernando Cuéllar Sánchez.

_____ “Daño especial como título de imputación de la responsabilidad del Estado,” en Historia- legislación- jurisprudencia de la Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2009.

Constitución Colombiana de 1991.

Constitución Española de 1978.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961.

DAMNSKY, Isaac Augusto, "Responsabilidad del Estado por su actuación lícita: problemática del régimen indemnizatorio", en Estudios sobre la Responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México, Universidad Nacional Autónoma, México, 2007, en www.juridicas.unam.mx. Consulta del 24 de junio de 2008.

Decreto 0717 de 1996.

DEVIS HECHANDÍA, Hernando, Compendio de derecho procesal. Teoría General del Proceso, tomo I, 13ª edición, Dike, Medellín, 1994.

Dictadura de Francisco Franco. De Wikipedia, la enciclopedia libre (consultado 5 jul. 2011), es.wikipedia.org/wiki/Dictadura_de_Francisco_Franco.

FERRIOL, Sòria. Reconciliación en Sudáfrica: repaso tras diez años de la Comisión. En: Pueblos Asociación Paz con Dignidad. (En línea). No. 19 de la revista Pueblos, diciembre de 2005. (Consultado 5 jul. 2011). Disponible en www.revistapueblos.org › ÁFRICA .

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español, Thomson Civitas, segunda edición, 2007.

GARCÍA PELAYO, Ramón y Gross. Diccionario Enciclopédico Pequeño Larousse, Larousse, Paris, 1972.

GARRIDO FALLA, Fernando, "La Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en la nueva ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30

de noviembre de 1992". Revista Española de Derecho Administrativo (Reda), 1993.

GRANADOS, Verónica. Verdad y reconciliación en Sudáfrica. En: Verdad Sudáfrica. (En línea). (Consultado 5 jul. 2011). Disponible en sepiensa.org.mx/.../verdadSudafrica/verdadSudafri_3.htm.

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado, Temis, Bogotá, 2011

HELLER, Herman. La Soberanía, Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional. La Fundación, Escuela Nacional de Jurisprudencia, A.C., Fondo de Cultura Económica, México, Primera reimpresión, 1995.

HERDEGEN, Matthias. Derecho Internacional Público, Universidad Nacional Autónoma de México, Fundación Konrad Adenauer, México, 2005.

ISUNZA BASCUÑAN, Alfonso. La Amnistía de 1978 y los Tratados Internacionales. En Memoria y Justicia. (En línea) (Consultado 5 jul. 2011). Disponible en www.memoriayjusticia.cl/espanol/sp_temas_amn78.html

Ley 975 de 2005, (Ley de Justicia y Paz).

Ley 418 de diciembre 26 de 1997.

LEY 23.492 24 de diciembre de 1986. Ley de Punto Final, Argentina. En www.lanacion.com.ar/712959-texto-completo-de-la-ley-de-...

Ley de Memoria Histórica de España. De Wikipedia, la enciclopedia libre (consultad 5 jul. 2011), es.wikipedia.org/.../Ley_de_Memoria_Histórica_de_España.

NAVAS, Gustavo Quintero. Conflicto Armado y Responsabilidad del Estado. Análisis del Derecho Colombiano a la luz del Derecho Francés. En Revista de Derecho Público, No 10 de la Universidad de los Andes. Bogotá, mayo de 1999.

_____. Regímenes Especiales de Responsabilidad. En Estudios sobre la Responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México, Universidad Nacional Autónoma, México, 2007, en www.juridicas.unam.mx. Consulta del 24 de junio de 2008.

_____. Reflexiones acerca de la responsabilidad Patrimonial de las personas públicas en el derecho colombiano y francés: ¿influencia o inspiración de un modelo jurídico?

PAILLET, Michel. La Responsabilidad Administrativa, traducción y estudio introductorio Jesús María Carrillo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

PALLARES BOSSA, Jorge. Derecho Internacional Público, Leyer, Bogotá, 2004.

Resolución No. 85 de octubre 14 de 1998.

Resumen Ejecutivo del Acuerdo Complementario para la Cooperación y Asistencia Técnica en Defensa y Seguridad entre los Gobiernos de la República de Colombia y de los Estado Unidos de América. En negociación, 4 de agosto de 2009. En: www.cmi.com.co/archivos/acuerdos.

ROCHA, Andrea del Pilar. El Estado debe responder por los ataques terroristas. En Ámbito Jurídico de Legis, Bogotá, 30 de junio al 13 de julio de 2008.

RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus Regímenes. En Ecoe Ediciones, Bogotá, 2010.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004.

TREJOS JARAMILLO, Augusto. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Julio 24 de 2006.

VIDAL PERDOMO, Jaime y otros. Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Legis, Bogotá, 2005.